

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

HERIK AKIRA MADEIRA YAMAGUTI

**A VÍTIMA, A REPARAÇÃO DOS DANOS E OS FUNDOS ESTATAIS DE
INDENIZAÇÃO**

**CURITIBA
2010**

HERIK AKIRA MADEIRA YAMAGUTI

**A VÍTIMA, A REPARAÇÃO DOS DANOS E OS FUNDOS ESTATAIS DE
INDENIZAÇÃO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná como requisito
parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Rolf Koerner Junior

CURITIBA

2010

*Dedico este trabalho, feito com tanto
esforço e dedicação, aos meus pais,
cujos feitos deram-me a
oportunidade de ter acesso ao
conhecimento.*

Agradeço ao professor Rolf Koerner Jr., cujo conhecimento me iluminou durante a faculdade, pela amizade e confiança depositada na realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a situação da vítima de crime dentro do processo penal brasileiro, notadamente no que diz respeito às suas possibilidades de reparação, abordando o seu esquecimento pelo ordenamento jurídico pátrio e a sua “redescoberta” ocorrida após o desenvolvimento da Vitimologia. Neste sentido, diante da conclusão alcançada por diversos doutrinadores de que há um interesse público na reparação dos danos da vítima, será analisado a possibilidade da sua realização através de fundos estatais de indenização.

Palavras-chave: vítima, dano, reparação, fundo estatal de indenização.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
INTRODUÇÃO.....	7
1 A FALÊNCIA DO SISTEMA RETRIBUTIVO-PUNITIVO.....	10
1.1 O ESQUECIMENTO DA VÍTIMA NO PROCESSO.....	16
1.2 O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA.....	20
1.3 O MODELO DE REPARAÇÃO ADOTADO NO BRASIL	23
2 A IMPORTÂNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO.....	29
2.1 A PRESERVAÇÃO DO REAL INTERESSE DA VÍTIMA.....	30
2.2 RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO SOCIAL.....	32
2.3 CONTENÇÃO DA VINGANÇA PRIVADA	35
2.4 DESPENALIZAÇÃO.....	36
3 O DEVER DE INDENIZAR.....	41
3.1 IMPOSSIBILIDADE DO RÉU DE REPARAR O DANO.....	41
3.2 O DEVER DO ESTADO DE PRESTAR A SEGURANÇA PÚBLICA.....	44
4 FUNDOS ESTATAIS DE INDENIZAÇÃO.....	48
4.1 A POSSIBILIDADE DE UM FUNDO DE INDENIZAÇÃO NO BRASIL.....	53
4.2 OS FUNDOS ESTATAIS DE INDENIZAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	56
4.3 A NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM CRITÉRIOS PARA A INDENIZAÇÃO.....	59
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

Em um contexto em que a segurança pública enfrenta a insatisfação geral da população, decorrente dos altos índices de criminalidade que não cessam o seu aumento e que há tempos extrapolam os limites suportáveis, mostra-se relevante uma reflexão acerca da utilidade e da eficácia dos instrumentos de controle social utilizados pelos poderes institucionais no combate ao crime.

Nesta reflexão, é importante levar em consideração que as normas jurídicas e o conjunto de instituições criadas por elas são passíveis de imperfeições das mais diversas ordens, eis que são criadas por homens que, via de regra, também são imperfeitos.

Assim, não se pode assumir precipitadamente que a ineficiência do combate à criminalidade decorra tão somente da falta de investimentos em segurança pública ou da incompetência da gestão atual em sua administração. Há que ser estudada a hipótese de que o combate ao crime pode se sustentar em leis e princípios que o tornam inapto a alcançar os fins declarados do Direito Penal.

Equivale dizer que o problema pode não ser a intensidade com que se reprime a criminalidade, mas sim o sentido em que isto é feito. Em outras palavras, seria como tentar apagar fogo com oxigênio, o que, embora seja possível, definitivamente não é o mais apropriado.

É sabido que, nos mais diversos países, notadamente após os episódios terroristas de 11 de setembro de 2001, consolidam-se políticas denominadas de "tolerância zero" ou "lei e ordem". Tais políticas resultam do clamor popular pela segurança e caracterizam-se sobre a intensificação e ampliação do Direito Penal, resultando em penas cada vez maiores, que atingem um número cada vez maior de bens jurídicos.

Ora, certamente que, caso se prendessem todos os criminosos os níveis de criminalidade, ao menos em tese, diminuiriam drasticamente. Contudo, tal opção parece ser tão inapropriada e teratológica quanto eliminar todos os portadores de HIV para resolver o problema da AIDS ou aguardar um novo dilúvio para purificar o planeta.

No entanto, para a maioria das coisas não existe um e somente um caminho possível, mas sim diversos, que levam ao mesmo lugar, restando à sociedade a

opção de escolher por qual irá trilhar, baseando-se nos princípios que julgar mais dignos.

Levando esta idéia em consideração e se opondo às políticas de “tolerância zero”, existe um caminho que prega que a forma mais justa de se combater a criminalidade é eliminando as condições que lhe reproduzem, em vez de simplesmente se livrar do problema trancando-o em uma cela (o que embora possa dar bons resultados sob o ponto de vista quantitativo do crime, iria de encontro com as garantias consagradas como mais importantes, tanto na Constituição quanto no plano internacional dos direitos humanos, porquanto sob o ponto de vista da ressocialização do criminoso isso já se mostrou ser um desastre).

Este caminho é constituído pelas correntes criminológicas que buscam enxergar o crime sob um ponto de vista crítico, bem como pelos estudiosos do direito penal que buscam combater a criminalidade de uma forma que permita o restabelecimento do equilíbrio social e que possibilite a todos os envolvidos no crime terem uma vida normal após a ocorrência do mesmo, seja ele o criminoso, seja ele a vítima.

Todavia, nota-se uma preocupação excessiva com os interesses do criminoso, em detrimento dos interesses da vítima, o que é compreensível uma vez que é o apenado quem suporta diretamente os efeitos de penas inócuas e muitas vezes degradantes, que nada mais fazem do que impossibilitar a sua reabilitação para o convívio social.

Por este motivo é que a Constituição da República de 1988 teve que interceder em seu favor, vindo em seu socorro e presenteando-o, ao menos no papel, com uma gama de direitos e garantias.

No entanto, nesta tarefa, a vítima, conforme entendimento praticamente pacífico da doutrina, foi totalmente menosprezada, especialmente no que diz respeito aos seus interesses, tanto morais quanto materiais.

O Estado preocupou-se apenas com o criminoso, deixando a vítima desamparada. Limitou-se a exercer o seu direito de punir, sob as justificativas mais diversas, o que até o momento não mostrou resultados satisfatórios, por motivos também diversos.

Não obstante, nas últimas décadas muitos juristas concluíram que é importante prestar auxílio às vítimas caso se queira restabelecer a ordem, pois se a

violência não for corretamente remediada só poderá gerar mais violência. Isto é, se os ânimos das vítimas não forem acalmados, reparando minimamente a lesão sofrida, dificilmente a sociedade alcançará a paz desejada, pois se sentirão elas eternamente injustiçadas pela lei e insatisfeitas com o sistema.

Neste contexto, a moderna Vitimologia e o processo penal gradativamente passam a conferir à vítima um papel significativo no Direito. A vítima ressurge como um sujeito idôneo a atuar de maneira expressiva na estrutura, prevenção e dinâmica dos fatos.

Assim, com o avanço da Vitimologia, percebeu-se que o auxílio à vítima do crime é tão importante quanto a ressocialização do criminoso, sendo matéria de interesse público, de modo que o Estado deve assegurar a reparação dos danos da vítima ou a ajuda necessária para minimizar os efeitos do crime, se este for irreparável.

Nesta missão, muitos países já lançaram mão dos chamados fundos estatais de indenização, os quais serão o objeto de estudo do presente trabalho.

Primeiramente, demonstrar-se-ão algumas das dificuldades enfrentadas atualmente pelo Direito Penal, as quais indicam a sua inaptidão para concretizar os fins a que se propõe, focando-se, sobretudo, no ponto de vista da vítima. Será abordado o papel insignificante desfrutado pela vítima no processo penal e que consequências isso pode trazer para a sociedade, ao mesmo tempo em que se demonstrará os benefícios que pode ter um processo que leve em consideração os interesses da vítima, e não somente os do criminoso.

Por fim, depois de demonstrada a importância da vítima, explicar-se-á porque deve o Estado se incumbir da tarefa de lhe prestar auxílio, bem como se exporá como ele poderá fazer isso, levando em conta a legislação atual e os exemplos internacionais, notadamente no que tange aos fundos estatais de indenização.

1 A FALÊNCIA DO SISTEMA RETRIBUTIVO-PUNITIVO

O Direito Penal surge como forma de reação ao ilícito penal, sendo – ou devendo ser – a última ferramenta a fim de preservar os bens mais importantes da sociedade. Conforme explica Cezar Roberto Bitencourt:

“quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o Direito Penal com sua natureza peculiar de meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens”.¹

Assim é que, desde que assumiu para si o monopólio da violência, o Estado vem exercendo o controle social através do Direito Penal, tipificando as condutas que considera lesivas aos bens jurídicos de maior importância para a sociedade e determinando uma pena àqueles que as praticam.

Ocorre que, conforme assevera Claus Roxin, ao desempenhar tal tarefa, a justiça criminal “submete inúmeros cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico”, ao mesmo tempo em que “estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas em um Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações”.²

No mesmo sentido, Nilo Batista, referindo-se ao pensamento de Juarez Cirino dos Santos, observa que o sistema penal pretende afirmar-se como um sistema garantidor de uma ordem social justa, mas seu desempenho real contradiz essa aparência, citando o estudo realizado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos sobre os sistemas penais e direitos humanos na América Latina, o qual revelou que, na realidade, tais sistemas são seletivos, repressivos e estigmatizantes, entre outras características que destoam daquilo que se prega,³ constituindo-se em uma mera instância de controle social.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

² ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2º Ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 25-26.

E ressalte-se, isto tudo é feito sem que, no entanto, haja resultados satisfatórios do ponto de vista da diminuição dos níveis de criminalidade.

O professor espanhol Antonio Beristain, corroborado por todos os meios de comunicação atuais, informa que “os controles sociais formais hoje em uso – polícia, juízes, cárceres – não funcionam como devem”.⁴

Infelizmente, não é preciso muito para se verificar as dificuldades enfrentadas pelo Direito Penal. Imediatamente vêm à mente casos noticiados por todo o mundo, dando conta de práticas delitivas das mais atrozes, ao mesmo tempo em que justiça se esforça para tentar garantir um mínimo de segurança. Com a globalização da informação, torna-se fácil perceber o aumento exponencial dos índices de delinquência e a consequente agravação das tradicionais penas de prisão e pecuniárias destinadas a combater o delito, bem como das medidas de segurança,.

Percebe-se que o esforço para se conter a criminalidade, da maneira como vem sendo desenvolvido, é ineficaz, e a violência e a criminalidade espalham-se cada vez mais. Por este motivo, muito se questiona se as medidas adotadas no combate à criminalidade são eficientes, bem como se respeitam os princípios constitucionais que deveriam nortear a atuação do Estado.

É quase unanimidade entre os doutrinadores do Direito que há uma afronta gravíssima à Constituição quando se trata de combate à criminalidade. Antonio Milton de Barros afirma que o Estado, agindo em nome de uma alegada preocupação com a vítima, simplesmente agravou a situação dos acusados como forma de compensar sua falha na prestação de segurança pública. Para o referido autor, estes desrespeitos às garantias constitucionais, “além de não atenderem à expectativa de proteção da vítima, colocam em risco importantes conquistas do Estado Democrático de Direito”.^{5,6}

⁴ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 110.

⁵ BARROS, Antonio Milton de. O papel da vítima no processo penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Vol. 1, nº 1, 2008. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br>. Acesso em: 02/09/2010. p. 3.

⁶ Cf. CIRINO DOS SANTOS, um dos problemas mais graves do sistema penal é a superpopulação carcerária, que agrava todos os demais problemas. Segundo dados do DEPEN, em 2003 o Brasil contava com 308.304 presos, excedendo o dobro da capacidade das penitenciárias e prisões públicas, sem contar os presos das Cadeias Públicas, que correspondem ao dobro da população do sistema penitenciário, mas em condições de vida ainda piores. Para o professor, não existe cárcere bom (ver CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**.

Salo de Carvalho também nos lembra que, em reação ao caos que se instala na sociedade, o Direito Penal tende aos excessos, seja no plano da elaboração, da aplicação ou da execução da justiça, o que não necessariamente se reverte em eficiência. Não só isso, o citado autor, em consonância com os autores já citados, nos revela que o modelo adotado, criado, em tese, para ser ressocializador, transformou-se em um poder punitivo que agride a legalidade e os direitos humanos:

“A intervenção estatal, na órbita da repressão e da punitividade, ao invés de estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas, demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos: das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (penal e processo penal)”.⁷

Neste contexto, observa-se que os fundamentos da justiça criminal estão desequilibrados.

Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos, um dos equívocos da política criminal reside no fato de ainda se acreditar na pena como resposta para a criminalidade. Exemplifica tal aspecto questionando a eficácia das penas privativas de liberdade, apontando a superlotação e as condições indignas do sistema carcerário brasileiro como obstáculos à ressocialização do condenado, eis que atualmente a prisão representa uma faculdade do crime e serve apenas à multiplicação da criminalidade. No entanto, também afirma que, mesmo que se assim não fosse - como não o é nos países centrais, como os Estados Unidos, onde os prisioneiros desfrutam de boas condições carcerárias - a pena privativa de liberdade não funcionaria – como não funciona em nenhum lugar.⁸

O referido professor relata ainda que, quando o Direito Penal assume o papel de principal mecanismo de repressão à criminalidade, significa dizer que o Estado falhou em sua função de eliminar as condições que reproduzem tal situação calamitosa e desistiu de realizar investimentos em outras áreas que poderiam reverter tal situação. Ou seja, escolheu o caminho mais fácil de lidar com o

2005. Disponível em <http://www.cirino.com.br/>. Acesso em 27/11/2010).

⁷ CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 114.

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A questão da criminalidade não se resolve com direito penal: depoimento. [04/04/2008]. **Gazeta do Povo**. Entrevista concedida a Vinícius Dias.

problema: livrando-se dele, trancafiando-o em um presídio, longe das vistas da sociedade.⁹

De maneira clara, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica esta forma de agir em relação aos criminosos. Para o referido professor, “o raciocínio é simples: se eles não estão lá, é porque não existem”. Para ele, do ponto de vista intelectual, tal atitude beira a fraude.¹⁰

Neste contexto, fala-se na substituição da pena privativa de liberdade por outras penas alternativas e menos infamantes. Entretanto, a adoção de substitutivos penais não chega ao cerne do problema. Deve-se atentar que o problema é complexo e que, se as medidas que vêm sendo adotadas não surtem efeitos satisfatórios (pelo contrário), é porque são insuficientes.

Felizmente, ao contrário das leis da física, as leis humanas não são imutáveis. O Direito é extremamente maleável, de modo que, respeitados os princípios socialmente estabelecidos, pode-se organizá-lo da maneira que for mais conveniente e sempre aprimorá-lo, para que se adeque às necessidades contemporâneas. Sahid Maluf afirma que o Estado apenas verifica os princípios que os usos e costumes consagram, para traduzi-los em normas escritas e dar-lhes eficácia extrínseca mediante sanção coercitiva.¹¹

Com o Direito Penal e a preservação dos direitos e interesses da sociedade não é diferente. Pode-se sempre pensar em melhorar o sistema em vigor, adequando-o à missão da justiça criminal e aos princípios estabelecidos na Constituição, o que, segundo Heinz Zipf, deve ser feito através da constante revisão do modelo adotado e da configuração do mesmo, seguindo os caminhos desbravados pelas ciências criminais.¹²

Vale acrescentar, ainda, ensinamento de Aníbal Bruno. Salienta o autor que, neste processo de desenvolvimento, voltado sempre à busca pela verdadeira justiça, devemos recorrer aos ensinamentos da Filosofia do Direito caso se queira que o Direito Penal continue evoluindo, já que é esta disciplina que trará a exigência de

⁹ Idem.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?..** Boletim IBCCRIM, São Paulo, volume 11, fascículo 131 Esp., out. 2003. p. 6.

¹¹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30º Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 08.

¹² ZIPF, Heinz. **Introducion a la política criminal** (trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado, 1979. p. 3.

uma justificação racional para o Direito e, conseqüentemente, para a razão de ser da pena e dos seus fins.¹³

Conforme demonstrou Aníbal Bruno, não se pode prescindir de uma densa reflexão acerca da razão de ser do Direito Penal e de seus institutos, na medida em que as conclusões a respeito da pena, dos seus fundamentos e dos seus objetivos irão determinar a linha inteira de orientação do sistema penal.¹⁴

Aprofundando-se neste tema, Nilo Batista continua afirmando que “o Direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”, querendo dizer com isso, assim como Aníbal Bruno, que para conhecer o Direito Penal é necessário, antes de tudo, conhecer a sua finalidade.

A par de toda a discussão acerca das teorias da pena, neste momento é importante refletir sobre o ensinamento de Eberhard Schmidt, lembrado por Aníbal Bruno:

“Eberhard Schmidt opõe-se às teorias da pena, objetando que a problemática da pena estatal não é matéria de pura teoria. A criminalidade pesa sobre o estado e o povo, com impressionante realidade. O dano que dela resulta significa preocupação e sofrimento não só para o ofendido, mas ainda para o agente. As penas com que o Estado reage contra o crime são mal e infortúnio não só para o condenado, mas também para o Estado e a sociedade. E da complexidade e gravidade do problema, que não cessa de manifestar-se na sociedade e pesar sobre ela, Eb. Schmidt conclui que o que importa não é estabelecer como devemos pensar sobre tudo isso, como devemos olhar para tudo isso, mas decidir que é que devemos fazer de maneira inteiramente sensata e não emocional para resolver tudo isso.”¹⁵

Assim, é possível compreender que há um propósito para o Direito Penal, da mesma forma que há um propósito para os seus institutos. No entanto, remanesce a dúvida se tais propósitos estão em sincronia com as necessidades atuais ou se são eficazes naquilo a que se propõem.

Tais objetivos e os meios para se alcançá-los não são obra de Deus ou de uma entidade metafísica. São criados pelos homens, através de seus representantes eleitos. Nilo Batista corrobora tal assertiva, afirmando que os

¹³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

objetivos do Direito Penal decorrem dos interesses da própria sociedade, na medida em que “o direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*”.¹⁶

Isto porque a organização social precede à existência do Estado. Em linhas gerais, Sahid Maluf afirma que “o Estado é a nação encarada sob o ponto de vista de sua organização política, ou simplesmente, é a nação politicamente organizada”.¹⁷ Assim, o Estado nada mais é do que a forma como a sociedade resolveu se organizar, de modo que quanto mais organizado um for, o outro também será. Em outra passagem, o mesmo autor afirma: “o Estado, democraticamente considerado, é apenas uma instituição nacional, um *meio* destinado à realização dos fins da comunidade nacional”.¹⁸

Esta forma de organização, definida no texto constitucional, produz efeitos que se irradiam para todas as outras áreas, especialmente para o âmbito legislativo infraconstitucional. Tratando especificamente sobre o Direito Penal, Aury Lopes Jr. diz que “o processo penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história, e os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da política estatal em geral”,¹⁹ relacionado, assim, a organização estatal com a forma como se efetiva a repressão ao crime.

Com isto, podemos compreender que o Direito é criado pelo homem para o homem. Não pode ser o contrário. Nas palavras de Aury Lopes Jr., “o Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos”.^{20 21}

¹⁶ BATISTA, Nilo, 2007, p. 19.

¹⁷ MALUF, Sahid, 2010, p. 22.

¹⁸ Idem.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4º edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 40.

²⁰ Ibidem, p. 42.

²¹ Cf. a Doutrina Social da Igreja, o bem comum é “o conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição”, sendo ainda a razão de ser da autoridade política (Ver **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**, 2004. Disponível em: <http://www.vatican.va>. Acesso em: 27/11/2010).

Desta forma, conforme já foi afirmado, se o sistema penal atual mostra-se falho e incapaz de gerar o mínimo de segurança e satisfação, seja para o Estado, para a sociedade ou mesmo para os criminosos, não se deve endeusá-lo ou praticar qualquer forma de apego. Deve-se, no máximo, pensar em corrigi-lo buscando a efetivação dos princípios fundamentais, quando não reconstruí-lo do zero, com base em novas premissas e focado em outra direção. Neste sentido, Aury Lopes Jr. afirma que “devemos romper com a tradição do *direito regulador* para inserir-nos num novo paradigma imposto pelo Estado Democrático de direito: o do *direito promovedor e transformador*”.²²

Diante do exposto, é importantíssimo entender-se que a pena existe por um motivo e que estudar a sua razão de ser é imprescindível para a sua evolução. Nada é tão revelador quanto a explicação de Aníbal Bruno, já mencionada, segundo a qual “o que o legislador julgue dever ser a pena, os seus fundamentos e objetivos irá determinar a linha inteira de orientação do sistema penal”.²³

E se se entender que o Direito Penal serve para combater o crime, prevenindo a sua ocorrência e ressocializando aqueles que o cometeram, há de se reconhecer que o modelo atual não condiz com o que se prega, conforme afirmaram Claus Roxin, Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, entre outros.

Nesta conjuntura, imprescindível rever a forma como atua o Direito Penal. Mais que isso, neste momento faz-se necessário que se volte os olhos à figura da vítima e ao seu papel frente ao processo penal, na medida em que, por muito tempo, a mesma permaneceu na obscuridade. O Estado esqueceu que a vítima representa a parcela da sociedade que sofre diretamente perante a sua falha, negando-lhe, ainda, a possibilidade concreta de satisfazer os seus interesses, ao mesmo tempo em que pouco faz para lhe auxiliar.

Agindo assim, produz novas injustiças, que de nada contribuem para a concretização da justiça, conforme se demonstrará nos capítulos a seguir.

Desta forma, vislumbra-se a importância de se analisar o papel da vítima no processo penal.

1.1 O esquecimento da vítima no processo

²² Ibidem, p. 40.

²³ BRUNO, Aníbal, 2009, p. 11.

Quando nos deparamos com uma conduta criminosa, a reação apresentada pelo ordenamento jurídico é o Direito Penal, que se encarregará de determinar ao agente penas ou medidas de segurança.

Logo se percebe que o delinquente exerce o papel de protagonista no Direito Penal, que se debruça sobre a figura do criminoso e sua relação com a Justiça, dando pouca ou nenhuma importância à vítima. Conforme ensinam Newton Fernandes e Valter Fernandes,

“desde a escola Clássica impulsionada por Beccaria e Feuerbach à Escola Eclética de Impallomeni e Alimena, passando antes pela Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, o Direito Penal praticamente teve como meta a tríade delito-delinquente-pena”.²⁴

Conforme explica Cezar Roberto Bitencourt, “a relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária”.²⁵

A falta de importância conferida à vítima é facilmente percebida ao analisar-se o próprio ordenamento jurídico pátrio, o qual, conforme observa Antonio Scarance Fernandes, não se preocupou em definir exatamente quem é a “vítima”, chamando-a também de “pessoa ofendida” e “lesado”.²⁶ A imprecisão técnica dos textos legais demonstra a falta de importância que o Estado confere à vítima.

Contudo, nem sempre foi assim. Desde o início da civilização até o fim da Idade Média, período no qual vigorou a justiça privada, a vítima desfrutou de sua “idade do ouro”. A partir da adoção do processo penal inquisitivo, passou a segundo plano, até ser “drasticamente ‘neutralizada’ pelo sistema legal moderno”,²⁷ na medida em que deixa de “ter o poder de reação ao fato delituoso, que é assumido pelos poderes públicos”.²⁸

Assim, observa-se que, com a necessidade de se conter a vingança privada, a situação se inverteu, de modo que, da “idade do ouro” da vítima para cá, esta

²⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2º edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 543.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2004, p. 2.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo penal. **Temas de Vitimologia II**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001. p. 2.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2004, p. 4.

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51.

acabou sendo completamente esquecida. Conforme sintetizou Kurt Madlener, “através dos séculos, com a evolução do Estado e a organização da persecução pelo Estado, o papel da vítima mudou: de sua posição central, a vítima deslocou-se à uma posição marginal”.²⁹

A cada nova legislação penal que surgia, esse posicionamento foi sendo referendado e ganhando ares de naturalidade, ao ponto de as vítimas penais não serem tratadas com descaso somente pelo Estado, mas também pela própria sociedade civil, conforme entendimento de Lélío Braga Calhau.³⁰

Assim, atualmente, diante da prática de um crime, o Direito Penal limita-se a buscar uma decisão formalista ao caso, a fim de satisfazer apenas o direito de punir do Estado. Acerca disso, veja-se a seguinte passagem da obra de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina:

“o conteúdo da resposta estatal é praticamente único (prisão) e o escopo maior é alcançar a expectativa do Estado de realizar ‘sua’ pretensão punitiva (na linha da ‘força vitoriosa do Direito’). A reparação dos danos, dentro desse modelo, sempre ficou em segundo plano. O crime é visto como ‘mero enfrentamento’ entre o seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se que em sua base há um conflito humano que gera expectativas outras bem distintas e além da mera pretensão punitiva estatal”.³¹

Já na década de 1970 Heinz Zipf denunciava o descaso com que o Estado tratava os interesses da vítima, impondo-lhe deveres de cooperação, mas levando em escassa consideração, no momento da imposição da pretensão penal, os interesses na ordem da reparação dos seus danos.³²

Em outras palavras, exige-se da vítima, por um lado, a cooperação na persecução penal, sem que haja, por outro lado, o menor reconhecimento de seus interesses.

²⁹ MADLENER, Kurt. **Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

³⁰ CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 2º Ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003. p. 26

³¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 6º Edição reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.523

³² ZIPF, Heinz, 1979, p. 173

Neste modelo de Justiça Criminal, a vítima é relegada a mera coadjuvante no processo, servindo, no mais das vezes, apenas como testemunha, vindo ao processo apenas para prestar informações úteis para a solução de determinada causa.³³ O sistema adotado impõe sanções às vítimas que não comparecem à polícia ou em juízo para prestar esclarecimentos, permitindo que ela seja conduzida coercitivamente ou que ela responda pelo crime de desobediência.³⁴

Gomes e Molina declaram que, atualmente, a vítima é encarada como mero objeto, dela se esperando que “cumpra seu papel ‘testemunhal’, com todos os inconvenientes e riscos que isso acarreta”.³⁵

Para deixar esta situação mais clara, basta lembrar que a vítima não é parte no processo penal.

Antonio Milton de Barros explicou, em termos concretos, quais são as possibilidades de atuação da vítima dentro do processo, que se limitam a: a) poder se habilitar como assistente do Ministério Público, nas hipóteses em que somente este tem a legitimidade para a propositura da ação, isto é, na ação penal pública; e b) propor ação penal, nos casos de ação penal privada.³⁶

Neste contexto de despreocupação com a sua pessoa, infere-se que, a par do prejuízo causado pelo crime, a vítima sofre ainda uma vitimização secundária, proveniente do próprio processo.³⁷ A persecução penal, ao obrigar a vítima a comparecer reiteradamente em delegacias e fóruns, mostra-se extremamente rigorosa e cansativa para uma pessoa que já foi psicologicamente abalada, representando apenas mais prejuízos de ordem moral e patrimonial que dificilmente serão revertidos em algum benefício.

Antonio Scarance Fernandes exemplifica a situação lembrando que é comum a vítima ter de ficar o dia inteiro no fórum, esperando uma audiência, pois existe o mau hábito de se marcar todas as audiências em um mesmo horário. Além disso, o autor ressalta que não há previsão de ressarcimento pelo tempo que a vítima dedica à colaboração com a justiça.³⁸

³³ FERNANDES, Antonio Scarance, 2001, p. 2.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance, 2001, p. 8-9.

³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 523.

³⁶ BARROS, Antonio Milton de, 2008, p. 4.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 524.

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, 2001, p. 9.

Segundo Gomes e Molina, o exame superficial do art. 5º da Constituição Federal constitui a “prova mais exuberante no Brasil de que a vítima foi efetivamente esquecida, neutralizada, marginalizada”. Analisando-se o conteúdo de tal artigo, percebe-se que vários direitos e garantias do acusado foram consagrados, mas para a vítima muito pouco foi reservado.³⁹

Para os familiares dos criminosos presos foi criado o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), através da Lei Complementar nº 79/1994, enquanto que para as vítimas dos criminosos nada existe. Sequer lhes é oferecido tratamento psicológico para diminuir os transtornos decorrentes de crimes violentos, tampouco ajuda financeira, muito embora o artigo 3º, inciso IX desta lei afirme que os recursos do FUNPEN serão aplicados no programa de assistência às vítimas de crime, disposição que não é concretizada na prática, como se demonstrará adiante (capítulo 5.1).

Diante do exposto, é inegável o papel insignificante desfrutado pela vítima criminal no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma pessoa que foi gradativamente esquecida, principalmente quando comparada ao criminoso. Com um simples olhar na doutrina e na legislação, nota-se farta matéria acerca do criminoso, ao passo que, com relação à vítima, as previsões são escassas.

1.2 O redescobrimento da vítima

Apenas alguns poucos artigos do ordenamento jurídico brasileiro tratam dos direitos da vítima, limitando-se a fazer breves menções sobre a sua pessoa. Exemplo disto é o artigo 289 da Constituição da República, que dispõe sobre o ressarcimento das vítimas de abuso de autoridade.

Entretanto, embora a vítima tenha perdido importância no processo penal, hoje ela vem gradativamente conquistando seus direitos, em um processo que a doutrina chama de “redescobrimento da vítima”, ocorrido principalmente a partir de

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 523.

1956, com os estudos de Benjamin Mendelsohn sobre o tema e o surgimento da Vitimologia.

Kurt Madlener informa que, na verdade, esta vontade de desenhar novos caminhos à vítima, conferindo-lhe o destaque que outrora tivera, já estava em vias de acontecer há mais de duzentos anos, mencionando o caso da legislação italiana do século XVIII como exemplo.⁴⁰

Mais recentemente, não passaram despercebidos os esforços da Escola Positiva Italiana, notadamente dos juristas Ferri e Garofalo, na divulgação da importância da compensação às vítimas, embora sem alcançar sucesso expressivo.⁴¹

Não obstante, foi apenas a partir de 1973, quando aconteceu, em Jerusalém, o 1º Simpósio Internacional de Vitimologia, que, segundo Antonio Milton de Barros, “começaram a aparecer as primeiras investigações científicas sobre o tema, de forma autônoma, isto é, um tratamento particularizado do assunto, em direção a uma melhor atenção à vítima no processo penal”.⁴²

Depois disso, vários outros encontros internacionais tratando especificamente sobre a vítima foram realizados: os seis Simpósios Internacionais de Vitimologia (Jerusalém, 1973; Boston, 1976; Münster/Westfalia, 1979; Tóquio, 1982; Zagreb, 1985 e Jerusalém, 1988), além dos três Congressos Mundiais de Vitimologia realizados nos Estados Unidos (Washington, 1980; Flórida, 1986; São Francisco, 1987).⁴³

A respeito da importância dos estudos vitimológicos, trata Sérgio Salomão Shecaira:

“Os estudos vitimológicos são muito importantes, pois permitem o exame do papel desempenhado pelas vítimas no desencadeamento do fato criminal. Ademais, propiciam estudar a problemática da assistência jurídica, moral, psicológica e terapêutica, especialmente naqueles casos em que há violência ou grave ameaça à pessoa, crimes que deixam marcas e causam traumas, eventualmente até tomando as medidas necessárias”.⁴⁴

⁴⁰ MADLENER, Kurt, 1996, p. 84.

⁴¹ Idem.

⁴² BARROS, Antonio Milton de, 2008, p. 2.

⁴³ CARVALHO, Paulo Ladeira. Indenização às vítimas. In: KOSOVSKI, Ester; MAYR, Eduardo; PIEDADE JR., Heitor (Org.). **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 34.

⁴⁴ SHECAIRA, 2004, p. 54.

Neste sentido, a Vitimologia, pensando no papel da vítima no crime, tratou de buscar novas soluções para este problema. A preocupação que antes pairava apenas na pessoa do criminoso, passa a dar lugar à importância da vítima e seus interesses.

No ordenamento jurídico brasileiro, podem ser encontradas algumas inovações legislativas que, segundo Antonio Milton de Barros, revelam a influência da Vitimologia. Para ele, a Lei nº 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais - foi responsável por uma alteração substancial neste quadro processual, na medida em que, “a par de instaurar um novo modelo de justiça criminal, baseado no consenso, conferiu à vítima papel de destaque na resolução do caso”.⁴⁵

Segundo Gomes e Molina, a Lei nº 9.099/95 “padece de ajustes, de aprimoramentos, de lacunas”, mas é inegável que este texto legislativo “abriu espaço para muitas das afirmações e conclusões criminológicas (vitimológicas) modernas”. Ela “enaltece a ‘reparação dos danos’, logo, não existe a menor dúvida de que é expressão do movimento internacional de *redescoberta* da vítima”.⁴⁶

Na opinião de Heitor Piedade Júnior, esta mesma lei, sem dúvida, inaugurou uma nova fase legislativa, instituindo um processo no qual a vítima pode participar da dinâmica do feito, ouvindo e sendo ouvida, tentando, com isto, garantir cidadania aquela que foi a principal lesada.⁴⁷

Antonio Milton de Barros ainda cita outras leis que tiveram influência da Vitimologia:

- “I- A Lei nº 9.249/95, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia;
- II- A Lei nº 9.503/97 (alterada pela Lei nº 9.602/98) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória;
- III- A Lei nº 9.605/98, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano;
- IV- A Lei nº 9.714/98, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária;
- V- A Lei nº 9.807/99, que trata da proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas”.⁴⁸

⁴⁵ BARROS, Antonio Milton de, 2008, p. 4.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 523.

⁴⁷ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. A vítima e o processo penal. In: PIEDADE JR., Heitor; MAYR, Eduardo; KOSOVSKI, Ester (Coord). **Vitimologia em debate II**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1997.

⁴⁸ BARROS, Antonio Milton de, 2008, p. 4.

No entanto, mesmo o estudo da Vitimologia carece de soluções eficazes para a reparação pecuniária da vítima, e a verdade é que, concretamente, não existe nada de significativo no ordenamento jurídico brasileiro que garanta o direito das vítimas à satisfação de seus reais interesses.

Partindo do pressuposto que o principal interesse da vítima é a reparação de seu prejuízo (conforme se demonstrará no capítulo 2.1), analisar-se-á como isso é feito atualmente no processo brasileiro.

1.3 O modelo de reparação adotado no Brasil

Newton Fernandes e Valter Fernandes fazem uma análise precisa acerca da evolução da reparação do dano no Brasil. Explicam eles que a reparação do dano decorrente de delito era de tradição no Direito Brasileiro e que, no âmbito penal, o Código Criminal do Império dispunha, no art. 21, “que ‘o delinquente satisfará o dano que causar com o delito’. O art. 22 desse mesmo Diploma Penal do Império estipulava que ‘a satisfação será sempre a mais completa possível’”.⁴⁹

Os mesmos autores também informam que o Código de Processo Criminal Brasileiro, de 1832, impunha ao juiz a obrigação de questionar, ao Conselho de Sentença, “se há lugar à indenização”.⁵⁰

Posteriormente, a Lei 261, de 1841, revogou expressamente esses dispositivos, distinguindo a matéria criminal da civil, e estabeleceu que a indenização deveria ser demandada no juízo cível. A partir de então, a reparação do dano passou a ser vista como o efeito civil do delito.

Tal disposição foi transcrita para o antigo Código Civil de 1916 (e depois para o de 2002, praticamente inalterada), versando, na época, o seguinte:

Art. 1525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

⁴⁹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, 2002, p. 553.

⁵⁰ Idem.

Desta forma, a ação penal irrecorrível passou a fazer coisa julgada no cível para fins de reparação do dano, constituindo-se em um título executivo e possibilitando à vítima reclamar o ressarcimento, na chamada “ação civil *ex delicto*”.

Ao entrar em vigor, o Código Penal Brasileiro de 1890 não alterou o sistema estabelecido até então, fixando a obrigação de reparar o dano no art. 69, ratificado pelo Código Civil em vigor na época.

Por outro lado, o atual Código Penal Brasileiro, quando entrou em vigor, em 1940, praticamente silenciou no que concerne à pessoa da vítima. Fernandes e Fernandes explicam que a reparação, neste código, se realizava com base em um princípio resultante de normas codificadas do Direito Civil, do Direito Processual Civil e mesmo do Direito Processual Penal, mas que havia de ser demandada no juízo cível.

Conforme explica Flaviane de Magalhães Barros, tal sistema desconhecia totalmente a existência da parte civil no processo penal.⁵¹

Esta situação de silêncio perdurou por vários anos, e embora alguns anteprojetos de Código Penal trouxessem dispositivos a respeito da indenização, todos pereceram, juntamente com a pretensão de se ressarcir as vítimas.⁵²

Newton Fernandes e Valter Fernandes mencionam algumas oportunidades não aproveitadas em favor da reparação do dano das vítimas. Segundo os autores, o anteprojeto de 1969 não tocou no tema; o de 1980 falava na reparação, mas não vingou; e o que deu origem à nova Parte Geral do Código Penal não abordou o ressarcimento da vítima:

“O anteprojeto de 1969, do Código de Penal Brasileiro, que foi protelado até cair no esquecimento, também não disciplinava o tema alusivo à indenização da vítima. Em 1980, outro anteprojeto, modificativo da Parte Geral do Código Penal, falava na compensação do dano sofrido pela vítima em decorrência do delito. A pretensão pereceu com o próprio anteprojeto, todavia. Em 1985, com a edição da nova Parte Geral do Código Penal Pátrio, outra vez a aspiração do ressarcimento da vítima foi deixada de lado, perdurando marginalizada em nosso Direito Penal”.⁵³

⁵¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

⁵² FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, 2002, p. 553.

⁵³ Ibidem, p. 554.

Apenas em 1984, com o advento da Lei 7.209 de 1984 (ainda em vigor), o atual Código Penal passou a estabelecer, no inciso I do artigo 91, o seguinte:

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

Este artigo estabelece, em síntese, o efeito extrapenal genérico da condenação, revigorando o modelo da ação civil *ex delicto*.

Segundo Newton Fernandes e Valter Fernandes, tal dispositivo de lei apenas revigora o artigo 159 do Código Civil, que estabelece que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo, fica obrigado a reparar o dano”.

A ação civil *ex delicto* está regulado nos artigos 63 a 68 do atual Código de Processo Penal.⁵⁴

Desta forma, observa-se que a sentença penal condenatória funcionava como mero mandamento declaratório relativo à indenização civil, eis que nela não havia ordem explícita determinando que o réu reparasse o dano resultante do delito.⁵⁵

No entanto, com as recentes reformas do Código de Processo Penal, agora é possível que o próprio juiz criminal fixe na sentença condenatória o valor mínimo da reparação, conforme novo entendimento dado pela Lei 11.719, de 2008:

⁵⁴ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

⁵⁵ Idem.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (sem grifos no original)

Tal possibilidade, embora surgida apenas agora, constituiu um avanço para a satisfação dos direitos da vítima, que não terá que aguardar a liquidação do valor da indenização em um longo processo civil, coadunando-se com os anseios da Vitimologia.

Percebe-se a preocupação do legislador em agilizar a indenização da vítima, pois a sentença penal condenatória transitada em julgado vale como título executivo judicial (CPC, art. 475-N, II), no qual constará um valor mínimo já fixado pelo juiz criminal, que poderá prontamente ser levado à execução, sem a necessidade de liquidação (CPP, art. 64).

Vale lembrar que, caso a vítima não se satisfaça com o valor fixado, ela pode ingressar com nova ação indenizatória na esfera cível (CPP, art. 64).

Não se pode negar que, atualmente, a vítima já desfruta de diversos mecanismos para ser indenizada e que o Estado lhe concede uma gama de possibilidades de reparação do dano na esfera civil. Entretanto, Heinz Zipf já questionava a eficácia de tal modelo, duvidando que o mesmo apresente alguma vantagem à vítima, tendo em vista o grande dispêndio de tempo e de dinheiro em uma causa que não se sabe se será ganha.⁵⁶

Kurt Madlener ilustra esta questão, ressaltando que muitas vezes, por se tratar de um processo civil autônomo, paralelo ao processo penal, a própria vítima tem que arcar com as custas processuais e com os honorários para poder prosseguir no assunto.⁵⁷

Além disso, o mesmo autor informa que este modelo, no qual existe um procedimento civil aderido ao processo penal, não vêm demonstrando resultados encorajadores em países como França, Itália e Alemanha, muito embora nestes países se procure diminuir as dificuldades procedimentais para a vítima.⁵⁸

⁵⁶ ZIPF, 1979, p. 174.

⁵⁷ MADLENER, Kurt, 1996, p. 85.

⁵⁸ MADLENER, Kurt, 1995, p. 52.

Assim, percebe-se que o modelo adotado atualmente no Brasil é, no mínimo, ineficiente à satisfação dos interesses das vítimas, para não dizer despreocupado e omissivo, haja vista a pouca importância que é conferida a estas últimas. A classe política brasileira ainda não se atentou para a importância da reparação do dano.

Laertes de Macedo Torrens, tratando da possibilidade de reparação oferecida à vítima atualmente, resume a questão da seguinte forma:

“inexiste, por via de consequência, a coercibilidade da reparação do dano à vítima, senão após os intrincados procedimentos a sua disposição, o que, na maioria das vezes, frustra o ressarcimento causado pelo prejuízo em consequência do tempo decorrido, entre a prática do fato ilícito penal e a manifestação da jurisdição civil ou penal”.⁵⁹

Além disso, surge a indagação: como fará o condenado à reclusão para pagar a indenização à vítima?

Deste modo, observa-se que a reparação do dano no Brasil segue um modelo que não demonstrou resultados satisfatórios até o momento, por ser, em essência, despreocupado com os interesses da vítima e focado apenas em aplicar uma punição ao criminoso. Tal modelo é moroso e custoso, o que desestimula a vítima a buscar sua reparação.

Conforme o pensamento de Madlener, se o quadro total se mostra desolador, faz-se necessário “repensar no todo da questão”.⁶⁰

⁵⁹ TORRENS, Laertes de Macedo. **Ao lado das vítimas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 188.

⁶⁰ MADLENER, Kurt, 1995, p. 52.

2 A IMPORTÂNCIA DA REPARAÇÃO DO DANO

Após a exposição da falta de apoio às vítimas de crime, faz-se mister explicar a influência que isso tem no combate à criminalidade e como a reparação do dano da vítima pode ser útil a ponto de ser considerada de interesse público, necessitando, portanto, de maior atenção por parte do Estado.

Segundo Edgard de Moura Bittencourt, o sistema penal atual corresponde a uma justiça pela metade, por ser despreocupado com os danos que o ofensor causa à vítima. Nas palavras do autor, “o Estado pune, prevenindo a coletividade contra o criminoso, ou retribuindo a este o mal infligido à sociedade. Mas não assume o dever de resguardar, em medida *a posteriori*, a sorte do ofendido ou de seus dependentes”.⁶¹

Deste modo, urge uma mudança de paradigma para o Direito Penal. A reparação do dano causado à vítima é tão necessária ao bom desenvolvimento da sociedade que deve assumir, invariavelmente, o caráter de interesse público, transcendendo o interesse privado, sobretudo se levado em conta o papel do Estado Democrático de Direito na busca pela justiça.

Antonio Beristain informa que muito se discutiu a respeito dos fundamentos e das finalidades da indenização às vítimas, explicando que “alguns baseiam-na no Estado social de direito, outros na estrita justiça, outros na compensação que deve o poder governamental, por não conseguir evitar a criminalidade, etc”.⁶²

A verdade é que todos estes argumentos se somam em um argumento maior, não sendo necessário escolher um princípio específico para legitimar a necessidade de reparação às vítimas, pois, não sendo eles auto-excludentes, é possível escolher a todos.

Assim, podemos reconhecer a existência de diversos motivos pelos quais o Estado deveria investir na reparação do dano da vítima. A doutrina costuma apontá-los de maneira não sistemática, e às vezes de maneira apenas implícita. Tratá-los aqui sob os seguintes pontos de vista: a) a preservação do real interesse da

⁶¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 3º Edição. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987. p. 58.

⁶² BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 115.

vítima; b) o restabelecimento do equilíbrio social; c) a contenção da vingança privada; e d) a despenalização de condutas leves.

Esta mudança de paradigma representa a produção de novos efeitos que afetarão a sociedade, a vítima, o Estado e o criminoso. Esse rol não é taxativo, tampouco foram compilados dessa forma por algum autor, mas sim se apresentam distribuídos de maneira esparsa nas obras de diversos autores.

2.1 A preservação do real interesse da vítima

A reparação dos danos da vítima sempre representou, em geral, o efeito civil do delito, alcançado através de ação civil a parte da penal. Entretanto, conforme explicam Gomes e Molina, esta dissociação jurídica se apresenta em descompasso com a realidade, pois muitas vezes é o efeito civil o único interesse da vítima. Segundo os autores,

“não é infrequente que a vítima apenas espere do sistema a reparação dos danos; tampouco são raras as ocasiões em que os próprios operadores jurídicos do âmbito criminal pensam e procuram atuar, embora dentro de estritas margens legais, em favor da vítima”.⁶³

No mesmo sentido, discorrendo acerca da importância da reparação do dano, Claus Roxin afirmou que a vítima se satisfaz mais com a reparação de seu prejuízo do que com a eventual pena de prisão ou multa atribuída ao criminoso:

“Investigaciones empíricas también han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo adicional del autor ante la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad”.⁶⁴

Assim, percebe-se que a vítima, em casos de pequena ou média criminalidade, tem pouco ou nenhum interesse na punição do infrator, de modo que a aplicação da pena acaba servindo, de maneira precária, apenas ao interesse do Estado.

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, um sistema penal “paleorepressivo” não é adequado, por albergar somente a pretensão punitiva

⁶³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 525.

⁶⁴ ROXIN, Claus, 1999 apud BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 125.

do Estado. Utilizando-se das palavras de Claus Roxin, os autores explicam que “o delito é um conflito social que merece uma ‘solução social’ ou uma ‘alternativa social construtiva’ que atenda aos interesses do infrator, da vítima, da comunidade e do Estado”.⁶⁵

Ainda, transcrevem em seu trabalho o seguinte pensamento de Roxin:

“superando a rotina do mero castigo, deve-se empregar a intervenção estatal para uma ajuda efetiva, individual e social. Trata-se da idéia de reparação (...) que pode contribuir muitíssimo para o cumprimento dos fins da pena, daí sua importância político-criminal; ela está a serviço do ‘restabelecimento da paz jurídica’ (pois tanto a vítima como a sociedade, em virtude da reparação do dano social provocado, sentem realizadas suas expectativas de reparação, de serem desculpadas etc.), bem como de uma ‘eficaz ressocialização’ (na medida em que obriga o infrator a suportar as consequências do seu ato, assim como a perceber e considerar os interesses da vítima, o que é impossível por meio da simples pena-castigo, além de fomentar o reconhecimento e o respeito da norma e do Direito, sem contar que pode ainda produzir uma ‘reconciliação’ entre autor e vítima e com isso facilitar a reinserção social)”.⁶⁶

Vislumbra-se, portanto, que, para Roxin, a reparação do dano serve ao restabelecimento da paz jurídica, na medida em que permite à vítima e à sociedade se sentirem satisfeitas quanto ao ressarcimento do dano, ao mesmo tempo em que serve à ressocialização do infrator. Tal pretensão é praticamente impossível com a mera pena-castigo.

A pena e o processo convencional são incapazes de homenagear os interesses da vítima. Na prática, por mais pesada que seja a punição ao criminoso, a vítima parece nunca se satisfazer, indicando que o modelo atual de justiça criminal não se apresenta de forma útil aquele que foi lesado.

Isto porque, do ponto de vista da vítima, o que resultou da prática delitiva foi um dano a um determinado bem jurídico, que não vai ser reparado com a mera aplicação de uma pena ao infrator. Desta forma, o processo penal mostra-se inapto a promover uma efetiva recuperação dos danos gerados pelo crime, tanto no aspecto material quanto imaterial.

Como disse Nilo Batista, o Direito Penal protege interesses e valores escolhidos pela classe dominante,⁶⁷ aos quais se conferem uma certa aparência de

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 526.

⁶⁶ ROXIN, Claus apud GOMES, Luiz Flávio; MOLINA. 2008, p. 526.

⁶⁷ BATISTA, Nilo, 2007, p. 116.

universalidade, mas que não necessariamente representam os interesses da população em geral.

No caso das vítimas, observa-se que os valores protegidos pelo Direito Penal não abarcam, de maneira expressiva, a reparação dos seus danos, demonstrando a falta de sintonia da legislação com os interesses daqueles que são os maiores prejudicados com o crime.

Tal fato encontra-se em evidente descompasso com os anseios de um Estado Democrático de Direito, já que, conforme ensina Aury Lopes Jr., a democracia deve ser vista como “um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, e que se manifesta em todas as esferas dessa complexa relação Estado-indivíduo”,⁶⁸ de modo que, se a pretensão de ressarcimento da vítima lesada não se sobrepujar à pretensão punitiva do Estado, então não se está diante de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Deste modo, há que se ter em mente que o interesse individual da vítima não pode ser relegado ao segundo plano para se privilegiar os interesses do Estado, notadamente porque este existe para o bem estar daquele, e não o contrário.

2.2 Restabelecimento do equilíbrio social

Conforme já brevemente mencionado, o crime gera um desequilíbrio na sociedade, decorrente da lesão ao bem jurídico protegido. Este desequilíbrio deve ser eliminado caso se queira restabelecer a harmonia social, pois as consequências do delito, ao contrário da pena, vão além da pessoa da vítima.

Conforme defende Claus Roxin, “a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e o *status quo ante* restabelecido. Só a partir deste momento é que o lesado e a coletividade vêem o caso como resolvido”.⁶⁹

O delito geralmente atinge também os familiares e o círculo social da vítima, de modo que não se pode pensar que apenas a vítima direta de um crime é que sai prejudicada, pois todas as pessoas que se relacionam com ela são, em maior ou menor intensidade, atingidas pelas consequências do crime.

⁶⁸ LOPES JR., Aury, 2006, p. 41

⁶⁹ ROXIN, Claus, 2008, p. 26.

Concomitantemente, não se pode olvidar que os danos causados pelo crime não se limitam às lesões causadas aos bens juridicamente tutelados, pois dessa lesão podem advir novos prejuízos, de ordens diversas, como em um efeito “bola de neve”. Isto é, o crime produz consequências que extrapolam o prejuízo direto gerado pela conduta típica.

Assaz pertinente o pensamento de Antonio Scarance Fernandes de que

“há um interesse público em que a vítima do crime obtenha integral reparação de seus danos, seja porque, de forma mediata, são geralmente atingidos os seus familiares, seja porque ela normalmente representa força útil de trabalho e produção atual ou futura”.⁷⁰

Parafraseando Waldir Rolim, Alline Pedra Jorge afirma que a indenização à vítima é um “meio de restabelecimento do desequilíbrio social provocado pela infração, representando um complemento eficaz da sanção penal”.⁷¹ Assim, considerando-se que a vítima representa força de trabalho e de produção para a comunidade, a reparação do dano se torna imprescindível para o restabelecimento do equilíbrio social, sendo o seu desamparo prejudicial à coletividade.

Levando este fato em consideração, Antonio Beristain, com apoio nos estudos da americana Susan Hillebrand, afirma que a vítima que não recebe o tratamento devido da sociedade pode cair na delinquência.⁷²

Não é por outro motivo que Edgar de Moura Bittencourt afirma que

“a finalidade da vitimologia há de ser também, extravasando a área das ciências penais e introduzindo-se no Direito Social, proteger a vítima ou seus dependentes, em caso de morte daquela, contra lesões patrimoniais que acarretem desfalques em seus meios de subsistência”.⁷³

Tendo isso em vista, percebe-se que a falta de ajuda às vítimas pode gerar ainda mais mazelas, além do próprio prejuízo decorrente do crime. Assim, se é interesse do Estado gerar o bem estar social e impedir a proliferação de novos

⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **O Estado na reparação do dano à vítima de crime**. In: Revista dos Tribunais, volume 678. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 10.

⁷¹ JORGE, Alline Pedra. Propostas para a satisfação dos interesses das vítimas. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (org). **Vitimologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Reproarte. 2005. p. 12.

⁷² BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 111.

⁷³ BITTENCOURT, Edgard de Moura, 1987, p. 57.

delitos e novos problemas, a reparação do dano da vítima só pode ser matéria de interesse público, não podendo ser mantida atrelada à possibilidade ou não do criminoso realizá-la.

Este é o entendimento de Maria Del Mar Daza Bonachela, jurista espanhola do “Servicio de Asistencia a Víctimas De Andalucía”. Referindo-se ao descaso com que o Estado trata a vítima, Bonachela afirmou que o poder público deve, ao menos, oferecer-lhes as condições adequadas ao colaborar com a justiça, fornecendo uma assistência profissional que palie os efeitos negativos do fato delitivo e que lhe ajude a restaurar seu equilíbrio inicial.⁷⁴

A Nova Zelândia foi um dos primeiros países a se focar na restauração do equilíbrio social. Expondo os motivos que os levaram à adoção de um sistema voltado à reparação dos danos das vítimas, o Ministério da Justiça da Nova Zelândia, representado pelo Ministro Hon Simon Power, mencionou um benefício decorrente do investimento nos interesses da vítima, qual seja a redução do impacto do crime nos indivíduos e na sociedade em geral. Isto porque, quanto mais rápido as vítimas se recuperarem da experiência traumática provocada pelo crime, melhor será a sua saúde física e mental posteriormente.⁷⁵

Deste modo, o Direito Penal necessita entender que, antes da punição, existe uma necessidade mais urgente a ser sanada, que é a reestruturação do equilíbrio rompido com a prática criminosa, coisa que não pode ser feita pura e simplesmente com a aplicação de pena ao criminoso.

Acerca deste tema, o jurista parisiense Souchet explica a diferença entre um sistema preocupado com a mera aplicação de pena ao criminoso e um sistema preocupado na reparação do dano, conforme exposto pelo professor Edgard de Moura Bittencourt: “Punindo uma falta, a sociedade se arroga uma prerrogativa de direito divino; ela restabelece a ordem com considerações de caráter metafísico. Reparando um prejuízo, a sociedade reajusta o equilíbrio social que o delito rompeu”.⁷⁶

⁷⁴ BONACHELA, Maria Del Mar Daza. Fallas em El modelo Andaluz de gestión de La asistencia a víctimas: el caso granadino. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**. Nº 11, 2009. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/>. Acesso em 15/07/2010. p, 2.

⁷⁵ NOVA ZELÂNDIA (país). Ministério da Justiça. **A focus on victims of crime: a review of victims' rights**. 2009. Disponível em: <http://www.justice.govt.nz/policy-and-consultation/victims/enhancing-victims-rights-review/documents/Victims-Consultation-Document.pdf>. Acesso em: 22/07/2010. p. 04.

⁷⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura, 1987, p. 59.

2.3 Contenção da vingança privada

Heinz Zipf, com apoio nas idéias de nomes como Nowakowski, Kaiser e Stratenwerth, afirmou que o Estado não deve frustrar as exigências justificadas de satisfação das vítimas, eis que, do contrário, surge o risco da vingança privada e da justiça com as próprias mãos.⁷⁷

Na esteira deste ensinamento, o governo da Nova Zelândia, em atitude pioneira no mundo, conforme já afirmado, optou por investir na satisfação da vítima, evitando assim que a falta de interesse pela justiça criminal, decorrente da falta de perspectiva de reparação, pudesse levar à justiça privada.

Explicando tal postura, o Ministério da Justiça afirmou que melhorar a responsividade às vítimas aumenta a efetividade do sistema de justiça criminal e, conseqüentemente, a confiança pública neste sistema. Esta confiança é necessária para as vítimas e para toda a comunidade, pois a despreocupação com os danos sofridos pelas vítimas pode deixá-las desiludidas com o sistema. A desilusão pode resultar em vítimas cada vez menos cooperativas com a justiça formal, o que é prejudicial à efetividade da justiça criminal, já que é a informação da vítima que muitas vezes leva à solução do crime.⁷⁸

Isto é auto-evidente, podendo ser notado através da chamada “cifra negra” do crime, que representa os casos em que as vítimas simplesmente não procuram a justiça por desacreditar que terão seus problemas solucionados. Pelo contrário, será apenas perda de tempo e dor de cabeça, preferindo, então, não recorrer à polícia.

Aliado a isto, outra medida que se mostra necessária são os “programas de assistência dentro do direito penal”, consistentes nos programas de proteção às vítimas e testemunhas, abundantes apenas nos EUA, Canadá e em alguns países da Europa. Isto porque frequentemente o vitimador ameaça as vítimas (e as testemunhas) para que não o denuncie, o que prejudica muito as investigações e, conseqüentemente, desestimula a participação da vítima no processo penal.⁷⁹

⁷⁷ ZIPF, Heinz, 1979, p. 174.

⁷⁸ NOVA ZELÂNDIA (país), Ministério da Justiça, 2009, p. 04.

⁷⁹ BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 113.

Quando o Estado, detentor do monopólio da violência, passa a descuidar-se desse aspecto, dá lugar às crescentes investidas violentas por parte dos indivíduos na suposta realização de justiça, remetendo à época em que vigorava a vingança privada, o que conforme lembra Cezar Roberto Bitencourt, levou à dizimação e deformação de diversos povos.⁸⁰

Na atualidade, os inúmeros casos de linchamentos que vêm acontecendo constantemente demonstram que o Direito Penal atual não está se mostrando eficiente, dando espaço para a violência privada. Não é infrequente os casos em que a Polícia, ao chegar em determinado local para dar atendimento a uma ocorrência de crime, deve primeiro prestar auxílio ao criminoso, botando-o a salvo da população que, enfurecida, busca agredir o criminoso, para só depois lidar com a vítima.

Tal sentimento de revolta decorre do fato de o Estado ter assumido para si o monopólio da violência, não só prometendo prestar a segurança pública, mas também impedindo que esta seja realizada por outros. Ao falhar nessa tarefa, o Estado também abre margem para que milícias armadas usurpem esta função.

Por esse motivo é que a vítima, desiludida com a justiça estatal e sem pretensões de ter o seu prejuízo amenizado, por vezes prefere beijar a mão do padrinho mafioso, imortalizado na figura de Don Corleone, do que recorrer aos serviços da polícia.

2.4 Despenalização

Kurt Madlener afirma que, na maioria dos países ocidentais, a reparação do dano é encarada como circunstância atenuante no momento da aplicação da pena ao criminoso.⁸¹

Todavia, não se pode deixar de notar que a reparação dos danos pode ir além da mera atenuação da pena, eis que, em verdade, possui eficácia despenalizadora, prestigiando o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e a

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, 2004, p. 27.

⁸¹ MADLENER, Kurt, 1996, p. 87.

teoria do Direito Penal mínimo, podendo, em alguns casos, substituir a aplicação de penas que se mostram mais prejudiciais à sociedade e cuja eficácia é questionável.

Através da reparação, o Estado pode utilizar o Direito Penal, de fato, como *ultima ratio*. Assim, não se veria prisões abarrotadas e presidiários vivendo em condições degradantes por terem praticado crimes leves. Ao contrário, o Poder Judiciário poderia se eximir da persecução de crimes de bagatela, preocupando-se apenas com as condutas verdadeiramente relevantes.

Determinados tipos de delitos podem ser facilmente atrelados à possibilidade de reparação do dano decorrente do ilícito, pois protegem bens jurídicos que, embora não menos importantes, não necessitam segregar o criminoso da sociedade para assegurar a segurança e a ordem pública.

Conforme nos explica Kurt Madlener, a substituição de sanções penais pela reparação geralmente só pode ser aplicada em certos tipos de danos,⁸² o que não poderia ser diferente, pois alguns danos podem não ser passíveis de reparação, conforme lembra Heinz Zipf.⁸³

Luiz Flávio Gomes lembra a ponderação feita por Quintero Olivares, para quem a “reparação dos danos não pode ter eficácia de evitar a pena de prisão em ‘todos’ os casos, mas tampouco pode a sanção penal ser utilizada ‘somente’ para atender a pretensão punitiva estatal”.⁸⁴

Para Claus Roxin, são os casos de pequena ou média criminalidade que podem ter a sua pena diminuída, quiçá eliminada:

“De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa, se podría prescindir de la pena cuando se produce una reparación total del daño; y en delitos más graves la reparación del daño podría originar de todos modos una remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria de la pena”.⁸⁵

Analisando a composição civil do dano, Luiz Flávio Gomes compreende que esta representa a possibilidade de se extinguir a punibilidade nos crimes de iniciativa privada ou iniciativa pública condicionada à representação, em virtude da composição entre vítima e autor do fato:

⁸² Ibidem, p. 90.

⁸³ ZIPF, Heinz, 1979, p. 174.

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 525.

⁸⁵ ROXIN, Claus, 1999 apud BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 125.

“Impõe-se ressaltar, desde logo, a reviravolta provocada por essa ‘nova filosofia’ político criminal. Em lugar de a atividade jurisdicional penal servir única e exclusivamente aos interesses coligados com a pretensão estatal, a orientação agora é outra: nas hipóteses mencionadas, sobressaem como mais relevantes os interesses da vítima. A reparação do dano, na hipótese enfocada, é o quantum satis para a resposta estatal. Entendeu-se que ela é suficiente para afastar a necessidade de qualquer sanção penal”.⁸⁶

Desta forma, mesmo em sistemas como o brasileiro, que faz distinção entre a reparação do dano e a solução do processo penal, o ressarcimento da vítima pode passar a ser a resposta estatal para crimes de baixa periculosidade.

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

“não resta dúvida, como vêm demonstrando as cifras negras da criminalidade tradicional, que a composição entre os particulares já vem sendo os critérios mais adotados na solução da maioria dos conflitos envolvendo interesses essencialmente privados, que não chegam ao conhecimento da Justiça Penal”.⁸⁷

Em outras palavras, o autor afirma que, mesmo diante de condutas delitivas, quando as partes conseguem se entender, o que normalmente se faz através da reparação, não existe a necessidade de se movimentar todo o aparato judiciário.

Conforme defende Kurt Madlener, tal idéia não é nova, na medida em que os positivistas italianos já “tentaram há mais de cem anos integrar o instituto da reparação à vítima do delito no sistema penal de modo a torná-lo até certo ponto um substitutivo da ação penal”.⁸⁸

Madlener exemplifica esta possibilidade com a experiência dos países da África negra, os quais, em sua maioria, ao contrário do que se pode imaginar, privilegiam a reparação do dano em detrimento da punição do criminoso, mostrando um espírito que rege tal tema completamente diferente dos países ocidentais. Madlener cita uma história que lhe foi contada, a respeito de um sujeito que teve sua bicicleta furtada. Depois de investigar, juntamente com seus amigos, tal sujeito descobriu o ladrão, e este, depois de pressionado, acabou confessando o crime e

⁸⁶ GOMES; MOLINA apud BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 147.

⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 10.

⁸⁸ MADLENER, Kurt, 1996, p. 86.

devolvendo a bicicleta. A noite, feliz, a vítima deu uma festa em comemoração a sua bicicleta, convidando, inclusive, o ladrão.⁸⁹

Com este exemplo, o autor ilustrou o conceito de justiça que está arraigado nas tradições africanas. “Restituição ou reparação é o decisivo. Através disso a paz pode ser restabelecida na comunidade. Punição, de outro lado, não é importante: nada de positivo resulta disso”.⁹⁰

Madlener não se ilude tentando importar tal pensamento para o ocidente, apenas pretende demonstrar a importância que a reparação do dano possui na África negra e como ela pode influenciar o processo de despenalização.

Neste sentido, a reparação dos danos auxilia o processo de despenalização por lançar uma nova ótica ao processo penal, voltando suas atenções para o interesse da vítima, e não apenas ao interesse de punir do Estado.’

Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, com apoio em Quintero Olivares, elencaram cinco razões pelas quais a reparação dos danos não levaria o Direito Penal a perder sua razão de ser, sua coerência e sua eficácia:

“a) a afirmação de que o Direito Penal não existe sem ‘pena’ é um exagero, revelador de grande apego ao retribucionismo mais radical, visto que ele pode perfeitamente cumprir seu papel coativo de *ultima ratio*, dando espaço para outras sanções admonitórias; b) qualquer renúncia de pena, sobretudo a de prisão, frente à reparação dos danos, está em consonância com o princípio de intervenção mínima (e subsidiária) do Direito Penal; c) mesmo quando não se aplica uma ‘pena’ o Direito Penal não perde seu caráter ‘controlador’; d) eventual renúncia da pena deve ficar a critério do juiz não do infrator, embora não seja incomum nos atuais ordenamentos jurídicos deixar nas mãos do infrator a dimensão de sua responsabilidade penal (é o que se passa, por exemplo, com o arrependimento posterior, arrependimento eficaz, desistência voluntária, delação premiada etc.); e) na prática, em muitos casos de ‘acusação particular’, o acusador deixa de atuar no mesmo instante em que recebe a reparação dos danos e isso tem levado ao ‘arquivamento’ do caso, embora de forma aleatória e com sério risco de desigualdade”.⁹¹

Scarance Fernandes, baseado nas idéias de Francisco de Assis Toledo, afirma que a reparação do dano como substitutivo penal poderá, em certos delitos, “a um só tempo revalorizar a vítima, colocando-a no centro do sistema, e

⁸⁹ Ibidem, p. 86-87.

⁹⁰ Ibidem, p. 87.

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 525.

desinstitucionalizar, dentro das mais recentes recomendações da ONU, a privação de liberdade como pena”.⁹²

⁹² FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 10.

3 O DEVER DE INDENIZAR

Recapitulando o presente trabalho, analisou-se brevemente a forma de agir do Direito Penal no combate à criminalidade, notadamente no que concerne à figura da vítima. Expôs-se o papel secundário desfrutado pela vítima no processo penal e quais são as suas reais possibilidades na busca pelos seus interesses.

De um modo geral, tentou-se demonstrar como o Direito Penal, alegando agir em nome da justiça, acaba gerando somente mais injustiças, seja para o criminoso, seja para a vítima.

Abordou-se algumas das vantagens que um enfoque à reparação do dano, enquanto interesse principal da vítima, pode trazer. Vantagens que têm reflexos em diversas esferas: beneficia a vítima, pois possibilita a satisfação de seus verdadeiros interesses; beneficia a sociedade, pois restabelece a paz social abalada pela prática criminosa; beneficia o Estado, pois fortalece o seu *ius puniendi*, na medida em que controla a vingança privada; e beneficia o criminoso, pois permite a despenalização de crimes mais leves.

Contudo, tal possibilidade de reparação encontra obstáculos na realidade que devem ser enfrentados por um Estado Democrático de Direito.

3.1 Impossibilidade do réu de reparar o dano

Via de regra, a reparação do dano deve ser realizada pelo ofensor (conforme se expôs no capítulo 1.3). Entretanto, há situações em que não é possível exigir que este efetue a reparação.

Segundo Edgar de Moura Bittencourt, a reparação do dano preconizada pelo nosso Código de Processo Penal esbarra na impossibilidade material dos réus:

"Quando o infrator tem recursos, é simples a restauração do equilíbrio econômico, com a correlata ação de indenização, que a lei civil outorga ao ofendido contra o ofensor. Mas quando este não tem com que indenizar ou pelo menos com o que indenizar cabalmente (talvez esta seja a maioria dos casos), restará a injustiça social, pelo desequilíbrio econômico".⁹³

⁹³ BITTENCOURT, Edgar de Moura, 1987, p. 58.

Kurt Madlener levanta o mesmo problema, afirmando que “a reparação do dano causado pelo delito é na maioria dos casos muito limitada, pois os ofensores tendem a ser pobres”.⁹⁴

Ainda, refletindo acerca da forma como a reparação poderia ser executada, o citado autor questiona se a execução da reparação do dano à vítima, imposta ao criminoso, não poderia conduzir a um tratamento não equitativo entre condenado e vítima.⁹⁵ Isto porque a reparação é feita, muitas vezes, através dos extensos poderes inerentes ao procedimento penal (em alguns casos utilizando-se como meio de coação a prisão substitutiva, quando não paga, ou a prisão coercitiva).

Vicente de Paulo Vicente de Azevedo lembra que o positivista italiano Garofalo pugnava pela aplicação de dois meios tendentes a obter do condenado a reparação, mesmo sendo ele miserável, quais sejam a) mantê-lo trabalhando na prisão, para que, em seguida, b) uma parte do ganho fosse destinado ao ressarcimento do dano.⁹⁶

Contudo, como bem ressaltou Heinz Zipf a respeito deste tema, existe uma dificuldade, quiçá impossibilidade, de o condenado auferir renda suficiente para ressarcir a vítima mesmo que trabalhe durante sua condenação. O referido autor afirma que em casos de penas de privação de liberdade, enquanto dure a execução da pena, não se paga ao recluso, por seu trabalho, uma remuneração adequada ao mercado, de modo que não existe para o prejudicado, por consequência, nenhuma possibilidade de realizar sua petição de ressarcimento de danos.⁹⁷

Além disso, tendo em vista o caráter estigmatizante e excludente do Direito Penal, não se pode esperar que, uma vez cumprida a pena, o criminoso tenha grandes possibilidades de sucesso profissional quando posto em liberdade, eis que provavelmente terá que se contentar com baixos salários que, via de regra, não serão suficientes para lhe garantir uma vida digna e muito menos para ressarcir o prejuízo que causou à vítima.

⁹⁴ MADLENER, Kurt, 1995, p. 54.

⁹⁵ Ibidem, p. 55.

⁹⁶ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Crime-dano-reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934. p. 352.

⁹⁷ ZIPF, Heinz, 1979, p. 174.

Desta forma, Zipf reconhece que, se o regime penitenciário não possibilita que o condenado repare o dano, deve o Estado assumir tal tarefa. Veja-se a seguinte passagem de sua obra:

“Dado que la reforma del régimen penitenciario proyectada no aportará, manifiestamente, una nueva regulación de la retribución del trabajo del recluso en el sentido de una remuneración conforme al mercado (...), sólo es posible un impulso eficaz para el resarcimiento de la víctima del delito instrumentando los medios para que el propio Estado tome a su cargo el resarcimiento como función pública”.⁹⁸

Por este motivo é que o autor afirmou que a indenização das vítimas é uma função pública tão importante que deve ser o objetivo das reformas legislativas a serem empreendidas.⁹⁹

No mesmo sentido, Gomes e Molina também reconhecem que a obrigatoriedade de reparação dos danos decorrente da sentença criminal pode ser impossível em razão das condições financeiras do condenado. Assim, é necessário que, como forma de contornar este problema, o Estado assuma subsidiariamente essa obrigação, criando-se um fundo *ad hoc*, seja para a reparação provisória dos danos (enquanto o processo está em curso), seja para a definitiva (quando o condenado é insolvente).¹⁰⁰

Tal entendimento se coaduna com as conclusões chegadas após a realização do 1º Congresso Internacional de Vitimologia, realizado no ano de 1973 em Jerusalém, no qual se recomendou que “as nações criem um instrumento oficial de compensação às vítimas de crime, independentemente de possível reparação material por conta do próprio criminoso”.¹⁰¹

Maria Del Mar Bonachela diz que, após a realização dos diversos encontros internacionais que sucederam ao primeiro Congresso realizado em Jerusalém,

“se ha instado a los gobiernos a tomar medidas para la satisfacción y apoyo a las víctimas de delitos, así como a establecer sistemas adecuados y suficientes de indemnización a las víctimas de delitos violentos y de protección a víctimas y testigos, considerando la atención a sus

⁹⁸ Ibidem, p. 176.

⁹⁹ Ibidem, p. 178.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 526.

¹⁰¹ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter, 2002, p. 552

necesidades y la protección de sus intereses como fundamentales para el sistema de justicia penal”.¹⁰²

O ponto que se coloca é o seguinte: a missão do Estado de preservar determinados bens jurídicos não pode se esgotar pura e simplesmente no ato de impedir que tais bens sejam lesionados. “Proteger” bens jurídicos não pode significar apenas “impedir lesões”, em sentido estrito. Há que se compreender “proteger” como dar proteção, amparo, ajuda material, assistência, em sentido amplo.

Se por ventura ocorrer uma lesão, a tarefa do Estado deve passar a ser, automaticamente, garantir a sua reparação pelo criminoso e, se não for possível, mediante a utilização de fundos públicos.

Do contrário, estaria o Estado se eximindo de uma responsabilidade sua em virtude de uma omissão também sua, o que não condiz com a postura de um Estado Democrático de Direito.

Se o criminoso não tem condições financeiras para reparar o dano, o correto, segundo o entendimento alcançado depois de diversos encontros internacionais de Vitimologia, é que esta tarefa seja assumida pelo Estado.

Desta forma, pode-se concluir com Antonio Scarance Fernandes que “não basta prever a reparação pelo autor do crime porque muitas vezes a autoria não é descoberta, ou ele não é acusado, ou é insolvente, ou a sentença demora demais para ser proferida”.¹⁰³

E assim sendo, levando-se em consideração que há uma necessidade pública de reparar o dano da vítima, e que o criminoso muitas vezes não dispõe de recursos suficientes para fazê-lo, o Estado deve auxiliar a vítima que desejar ter o seu dano reparado.

3.2 O dever do estado de prestar a segurança pública

Segundo José Afonso da Silva, segurança pública é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão da conduta delituosa. Tal atividade é atribuição do Estado, desenvolvida através da atuação da polícia.¹⁰⁴

¹⁰² BONACHELA, Maria Del Mar Daza, 2009, p 2.

¹⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 11.

No Brasil, a segurança pública é dever do Estado, além de ser direito e responsabilidade de todos, conforme se deduz da leitura da Constituição:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.”

Infelizmente, conforme já apontado no capítulo 2, o Estado tem enfrentado sérias dificuldades para prestar a segurança que se comprometeu a oferecer aos seus cidadãos.

Retomando o que já foi exposto, basta lembrar que o quadro geral da segurança pública é precário. Pode-se observar o Estado cada vez mais encurralado diante da criminalidade, sendo que, depois de ter se omitido em diversos outros setores, sua única opção é responder à violência com mais violência, isto é, reprimir com rigor para não deixar a situação fugir ainda mais do controle, agindo com o excesso a que se referiu Salo de Carvalho.¹⁰⁵

Entretanto, quando o Estado se omite na segurança pública e em outros setores como educação, saneamento básico e outros que poderiam diminuir os índices de criminalidade, é no mínimo incoerente que ele queira aplicar todo o rigor da lei para punir.

Quer dizer, o Estado faz valer o seu direito, mas se exime de suas obrigações? Em outras palavras, o Estado faz uso de um direito constitucional que lhe pertence, qual seja o direito de punir, que acima de tudo é corolário do direito de segurança da sociedade, mas este último ele não observa, assim como não observa os demais direitos que a sociedade possui. Sendo assim, só quer exigir dos cidadãos a observância da lei, mas ele mesmo não a observa.

Acerca do assunto, Vicente de Azevedo nos transmite, com suas palavras, o ensinamento de Garofalo, deveras esclarecedor nesta questão:

“Se a primeira razão da existência do Estado é a tutela dos direitos do cidadão, parece que, quando esta tutela resultar inútil, o Estado deve fazer qualquer coisa para reparar o mal que não soube impedir, embora, justamente para impedi-lo, arrecade impostos, e, por tantos e diversos modos, limite a liberdade individual. O Estado é injusto abandonando

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 710.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo, 2008, p. 114.

aqueles que, fiados de sua promessa de garantias, não se premuniram devidamente, como o teriam feito nas sociedades menos organizadas e civilizadas, contra a agressão de malfeitores”.¹⁰⁶

Nesta linha de pensamento segue Laertes de Macedo Torrens ao afirmar que os crimes violentos seriam fomentados justamente pela desordem estatal, na medida em que tanto os delinquentes quanto as vítimas sofrem com as omissões do Estado. Nas palavras do autor:

“As disparidades e contradições de uma desorganização social, produto da omissão estatal, aceleram a criminalidade violenta urbana, estabelecendo o confronto entre os grupos considerados marginalizados e vitimizados, aqueles calcados pelas necessidades mais prementes de vida, e estas, oprimidas e constrangidas a exercer, por si só, os seus direitos e garantias individuais em uma sociedade que se diz justa e igualitária”.¹⁰⁷

Diante desta desordem estatal, surge o dever do Estado de indenizar as vítimas de crime, uma vez que ele é o responsável por prestar a segurança e, conforme explicado por Azevedo, arrecada impostos e limita a liberdade individual justamente para isso.

Mais precisamente em defesa da obrigação de compensar o dano sofrido, ante a omissão estatal, Antonio Scarance Fernandes afirma que:

“O Estado, ao proibir a vingança privada, passou a ter como uma de suas principais funções a defesa e a segurança dos cidadãos, que têm o direito à preservação da vida, da honra e de seus bens; decorre então a obrigação de o Estado compensar e indenizar aqueles que sofreram em decorrência da falha na prestação destes serviços de segurança e defesa”.¹⁰⁸

Assim, sendo o Estado o responsável pela segurança e se este se omite na prestação de tal dever aos cidadãos, deve ele ser responsabilizado e se prontificar a prestar auxílio às vítimas.

Em contrapartida ao entendimento acima exposto, há aqueles autores que defendem que o dever de assistir à vítima não decorre da omissão estatal, mas sim advém de uma questão de solidariedade.

¹⁰⁶ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de, 1934, p. 358.

¹⁰⁷ TORRENS, Laertes de Macedo, 1996, p. 183.

¹⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 11.

Tal vertente prega que, sendo um Estado constitucional, voltado para o aspecto social e preocupado com os direitos de seus cidadãos, ele não pode deixar de reconhecer sua responsabilidade diante dos prejuízos sofridos pelas vítimas.

Flaviane Magalhães de Barros nos traz as observações do jurista português Manuel Maia Gonçalves. Este autor comenta que na União Européia, onde existem diversos programas de auxílio às vítimas (como se verá no capítulo 4), entende-se que os fundos estatais decorrem de uma questão de “solidariedade social”, não se justificando pela teoria da responsabilidade estatal.¹⁰⁹

A autora transcreve o entendimento do português:

“É indispensável referir que a indenização pelo Estado das vítimas de crimes se baseia numa idéia de ‘solidariedade social’, não podendo aceitar-se a teoria de uma ‘responsabilidade do Estado’, ao qual, na luta contra a criminalidade, apenas cabe uma obrigação de meios, não de resultado. Sobre este ponto se pronunciam abertamente os peritos do Conselho da Europa”.¹¹⁰

Desta forma, há quem entenda que a reparação do dano não decorre de um ato omissivo do Estado, mas se funda no conceito de solidariedade social. Apesar disso, ambas as teorias impõem ao Estado a tarefa de assumir a reparação do dano da vítima como responsabilidade sua, seja por ter se omitido no dever de prestar segurança, seja pelo dever de ser solidário com seus cidadãos.

¹⁰⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 131.

¹¹⁰ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, 1999 apud BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 131.

4 FUNDOS ESTATAIS DE INDENIZAÇÃO

Diante de todo o exposto, evidencia-se a necessidade de uma mudança de foco para o Direito Penal. Como bem salientou Edgard de Moura Bittencourt, com base nos ensinamentos de Souchet, “o dever da coletividade é maior em indenizar a vítima do que castigar o criminoso”.¹¹¹

Já foi demonstrado que a reparação do dano é prevista na legislação brasileira atual na figura da ação civil *ex delicto*, assim como também foi demonstrado que, na maioria dos casos, ela não é suficiente para satisfazer as pretensões da vítima. Primeiro, por ser um processo moroso e custoso para a vítima. Segundo, porque existem casos em que o autor do crime é desconhecido e, da mesma forma que não há como se punir, não há como se cobrar a reparação. Terceiro, porque a quase unanimidade dos criminosos se recruta entre os miseráveis.

Em consequência, todas as garantias se esboroam diante da realidade, conforme afirma Vicente de Paulo Vicente de Azevedo: *ex nihilo, nihil* (“do nada, nada se pode tirar”).¹¹²

Entretanto, isto não é motivo suficiente para deixar a vítima desamparada.

Considerando que ainda assim subsiste uma necessidade imensa do equilíbrio social ser restabelecido, conforme foi demonstrado, deve o próprio Estado garantir a reparação do prejuízo da vítima.

Por isso é que, com o escopo de concretizar o direito de indenização das vítimas, as legislações têm lançado mão de diversos recursos, entre eles a utilização de dinheiro público no ressarcimento do dano.

Tal idéia consiste na formação de um caixa ou fundo especial, formado com o produto das multas, penas pecuniárias etc. e destinada a socorrer as vítimas dos delitos. Segundo Madlener, não é uma idéia nova¹¹³ e, nos dizeres de Vicente de Azevedo, “não tem o mérito de novidade”,¹¹⁴ eis que já foi ensaiada no Código

¹¹¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura, 1987, p. 56.

¹¹² AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de, 1934, p. 348.

¹¹³ MADLENER, Kurt, 1995, p. 54.

¹¹⁴ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de, 1934, p. 356.

Criminal Toscano, de 1786, e nas leis penais das Duas Sicílias, embora sem resultados positivos.

Contudo, não pode passar despercebido este esforço da legislação italiana do século XVIII na criação de fundos públicos de indenização direcionados à reparação do dano da vítima nos casos em que o réu não pode repará-lo,¹¹⁵ sendo praticamente certo que foram as primeiras experiências neste sentido.

Azevedo, nos idos de 1937, informa que um caixa dessa espécie também existia no México sob o nome de “fondo común de indenizaciones”, bem como haviam fundos similares no Peru e em Cuba.

O modelo cubano, explicado por Madlener, foi instituído no ano de 1936, através do Código de Defesa Social, e consiste na chamada “*Caja de Resarcimiento de Cuba*”. Esta “*Caja*”, nas palavras de Madlener, funciona como intermediária entre o réu e a vítima, pois tem a tarefa de ressarcir a vítima e, depois, o Estado pode reaver do réu a importância paga. Tal modelo livra a vítima de ter que se aborrecer para tentar ser ressarcida.¹¹⁶ Ademais, a “*Caja*” não atua somente quando o réu é insolvente: ela sempre tem que pagar a reparação se a sentença penal impuser um certo pagamento.¹¹⁷

Antonio Beristain afirma que, modernamente, depois dos conhecimentos adquiridos através dos estudos da Vitimologia, os primeiros programas de compensação econômica baseado em tal preocupação vitimológica surgiram na Nova Zelândia, no ano de 1963, e na Inglaterra, no ano seguinte.¹¹⁸

O caso da Nova Zelândia é o mais estudado, por ser este país o pioneiro nesta área e o mais focado em um modelo restaurativo de justiça. Este país indeniza as vítimas mesmo que não seja instaurado processo criminal, tendo o Estado direito de ação regressiva contra o criminoso. Ainda, o valor pago à vítima pode ser descontado do fruto do trabalho do criminoso.¹¹⁹

Atualmente, diversos países, seguindo a experiência neozelandesa e os estudos da Vitimologia, instituíram estes programas de reparação, além dos já

¹¹⁵ MADLENER, Kurt, 1996, p. 84.

¹¹⁶ Ibidem, p. 98.

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 115.

¹¹⁹ JORGE, Alline Pedra, 2005, p. 10.

citados: Itália, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Suíça, Canadá, Holanda, Finlândia, Estados Unidos, entre outros.¹²⁰

Tal tendência coaduna-se com a Resolução nº 40/43 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1985, denominada de “Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder”, a qual enaltece a importância da reparação dos danos das vítimas, bem como recomenda, nas cláusulas 12 e 13, a criação de fundos para tal objetivo.

“12. Quando não seja possível obter do delinquente ou de outras fontes uma indemnização completa, os Estados devem procurar assegurar uma indemnização financeira:

a) Às vítimas que tenham sofrido um dano corporal ou um atentado importante à sua integridade física ou mental, como consequência de actos criminosos graves;

b) À família, em particular às pessoas a cargo das pessoas que tenham falecido ou que tenham sido atingidas por incapacidade física ou mental como consequência da vitimização.

13. Será incentivado o estabelecimento, o reforço e a expansão de fundos nacionais de indemnização às vítimas. De acordo com as necessidades, poderão estabelecer-se outros fundos com tal objectivo, nomeadamente nos casos em que o Estado de nacionalidade da vítima não esteja em condições de indemnizá-la pelo dano sofrido”.¹²¹

Antes disso, na Europa em 1983, o Conselho da Europa, alegando razões de equidade e solidariedade social, já havia aprovado a “Convenção Europeia Relativa à Indenização de Vítima de Crimes Violentos”, a qual entrou em vigor após a sua ratificação por três Estados-Membros, em 1988.

O referido tratado restringe-se às vítimas de crimes violentos, que sofreram lesões corporais ou tiveram a saúde comprometida, bem como aos sucessores da vítima. Apesar desta restrição, tal documento teve importância significativa no que tange à utilização dos fundos estatais de indenização, baseando-se no dever do Estado de ser solidário com os seus cidadãos (solidariedade social), conforme defendido por Manuel Lopes Maia Gonçalves.¹²²

Entre as disposições a respeito da indenização, esta Convenção estabelece que a vítima será indenizada mesmo que o autor não seja conhecido ou punido, em

¹²⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 131.

¹²¹ ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução A/RES/40/34)**. 1985. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm> (português). Acesso em 27/11/2010.

¹²² MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, 1999 apud BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 131.

valor equivalente aos prejuízos relativos ao fato criminoso, como gastos com medicamentos, atendimento hospitalar, funerais e mesmo assistência para os dependentes da vítima. O Estado sub-roga-se nos direitos da vítima em relação à reparação do dano.¹²³

Portugal elaborou legislação própria acerca do tema, referendando a Convenção aprovada pelo Conselho da Europa. Flaviane de Magalhães Barros faz uma exposição a respeito do modelo adotado por Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 423 de 1991, que, a exemplo das diretrizes do Conselho da Europa, estabeleceu o regime jurídico de proteção das vítimas de crimes violentos.¹²⁴

Nesse país, existe a previsão de indenização para as vítimas de lesões corporais graves, isto é, ofensa à integridade física da qual resulte incapacidade permanente por mais de 30 dias ou a morte, devendo provocar prejuízo que tenha diminuído o nível de vida da vítima e de sua família ou das pessoas com direito a alimentos. Contudo, tal ressarcimento se limita ao dano patrimonial, excluindo-se o dano moral. O modelo de Portugal também se mostra preocupado não só com a vítima e seus familiares, mas também com aquelas pessoas que voluntariamente ajudaram a vítima e tiveram prejuízos.¹²⁵

Além disso, Flaviane de Magalhães de Barros menciona que o referido decreto-lei português “prevê a sub-rogação nos direitos da vítima (art. 9º), bem como o reembolso, em caso de a vítima, após o recebimento da indenização estatal, vier a obter, a qualquer título, valor relativo à reparação do dano (art. 10)”.¹²⁶

Na Espanha também foi adotada uma legislação própria de proteção às vítimas, que prevê uma indenização estatal – a Lei nº 35, de 11 de setembro de 1995 –, em molde similar ao modelo português. Flaviane de Magalhães Barros explica que esta lei espanhola diferencia-se da portuguesa “ao incluir não só as vítimas de crimes violentos – que afetem a integridade física –, como também crimes sexuais perpetrados sem violência física”.¹²⁷

¹²³ CONSELHO DA EUROPA. **European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes CETS Nº 116**. 1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int>. Acesso em 20/09/2010.

¹²⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 131.

¹²⁵ Ibidem, p. 131-132.

¹²⁶ Ibidem, p. 132.

¹²⁷ Idem.

Ainda, importante ressaltar que esta lei espanhola traz disposições relativas ao dever de informação daqueles que atuam no processo penal relativos aos referidos crimes, ou seja, magistrados, promotores e funcionários.¹²⁸

Flaviane de Magalhães Barros observa que as legislações atuais referentes ao tema demonstram uma preocupação com o direito à informação das vítimas, “haja vista que muitos argumentam que as indenizações não se efetivam por desconhecimento da vítima a respeito da existência dos referidos programas estatais”.¹²⁹

Tal observação não é infundada, conforme concluiu Antonio Beristain ao estudar a experiência norte-americana. O referido autor menciona os estudos do americano Robert Elias, no qual este comparou os programas de indenização às vítimas de Nova York e de New Jersey e descobriu que a maioria das vítimas necessitadas desconhece a existência desses programas e, conseqüentemente, não é compensada. Além disso, quando o é, não fica satisfeita. Por este motivo, Beristain afirma que “ainda não se conseguiu que esses sistemas cheguem à meta desejada”.¹³⁰

Por este motivo, há que se investir na ampliação de tais programas de assistência às vítimas e intensificar a sua divulgação, para que não se tornem meros instrumentos de demagogia popular, como adverte Luiz Flávio Gomes,¹³¹ e para que não se conclua, como Antonio Beristain e Robert Elias,¹³² que os programas de compensações possam ser considerados uma ação meramente “simbólica”.

Fazendo uma ponderação, Aline Pedra Jorge lembra que, mesmo existindo em diversos países, muitos autores não recomendam estes fundos de indenização do Estado, dentre outros motivos, porque se tornariam bastante onerosos para o Estado, além do fato de que, apesar de este dever prestar a segurança pública, “a vítima também tem que se prevenir de agressões, não sendo a culpa da insegurança tão somente do Estado”.¹³³

¹²⁸ Ibidem, p. 133.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 115.

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 530.

¹³² BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 116.

¹³³ JORGE, Aline Pedra, 2005, p. 11.

Heinz Zipf também fez tal ressalva, afirmando que “si la comunidad respondiera de modo general por todos los daños patrimoniales originados por hechos punibles, ello entorpecería considerablemente la autoprotección del individuo en este ámbito”, isto é, o cidadão poderia se tornar cada vez mais descuidado.¹³⁴

Entretanto, como demonstram Luiz Flávio Gomes e García-Pablos de Molina, as muitas críticas que existiam a respeito dos fundos estatais não resistiram aos resultados empíricos, notadamente os da Nova Zelândia. Conforme explicam, neste país “os temores quanto ao seu funcionamento mostraram-se infundados”: tais indenizações não estimularam a negligência das vítimas em potencial em relação às possibilidades de se tornarem vítimas de fato, tampouco geraram gastos preocupantes para o erário público, porque as importâncias pagas não constituem importâncias estrondosas.¹³⁵

4.1 A possibilidade de um fundo de indenização no Brasil

A reparação do dano da vítima ganha cada vez mais destaque nas legislações atuais, inclusive a brasileira, indicando a preocupação do Estado com os seus interesses.

Além disso, desde o “redescobrimento da vítima”, ocorrido sobretudo após o advento da Vitimologia e dos diversos encontros internacionais referentes ao tema, diversos países já se atentaram para a importância de se prestar auxílio para aqueles prejudicados pelo crime.

Em alguns países, já se chegou ao entendimento de que a reparação do dano da vítima é tão importante que deve ser realizada pelo Estado, especialmente quando não há como se cobrá-la do autor do crime, deixando o Estado sub-rogado nos direitos da vítima em relação à reparação.

As justificativas que legitimam tal entendimento são várias, já apresentadas neste trabalho, que incluem uma série de benefícios que ultrapassam a barreira do interesse privado, influenciando diretamente no bem estar coletivo, ao mesmo tempo que atribuem ao Estado o dever de prestar tal serviço, seja pela sua omissão na segurança pública, seja por solidariedade social.

¹³⁴ ZIPF, Heinz, 1979, p. 177.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 530.

O Brasil não se manteve alheio a esse fenômeno, conforme indicam as legislações influenciadas pelo vitimológico (apresentadas no capítulo 1.2), procurando incluir o interesse da vítima no ordenamento jurídico. Apesar disso, percebe-se que, na prática, estas leis pouco fazem no sentido de possibilitar às vítimas a reparação de seus prejuízos, persistindo a despreocupação com os interesses desta. Em outras palavras, embora não seja totalmente alheio à vítima, ainda não lhe conferiu a devida atenção.

Tal falta de preocupação não ocorre apenas no Brasil e os motivos para isto são vários. Entretanto, há que se notar que bons exemplos a serem seguidos não faltam, tampouco referências legais para que se institua um fundo estatal de indenização. Existe previsibilidade de recursos na legislação nacional para atendimento e assistência às vítimas de crimes.

A Constituição da República prevê, no art. 245, a instituição de lei que dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crime doloso:

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Todavia, este artigo não é disposição coercitiva a ponto de obrigar o Estado a cumpri-lo, necessitando de lei complementar que o regule.

Para Luiz Flávio Gomes, existe uma omissão legislativa quanto a esta norma, não havendo lei que a regule.¹³⁶

Por outro lado, Flaviane de Magalhães Barros entende que tal dispositivo foi regulamentado pela Lei Complementar nº 79/94, que estabeleceu a criação do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) e previu a destinação de recursos do fundo para o “Programa de Assistência às Vítimas de Crime”.¹³⁷

Este também é o entendimento de Laertes de Macedo Torrens.¹³⁸

A par da discussão se tal dispositivo foi ou não foi regulado, a verdade é que, concretamente, não há nada de relevante que obrigue o Estado a compensar o prejuízo da vítima. Para comprovar tal situação, basta acessar o site do Ministério da

¹³⁶ Ibidem, p. 523.

¹³⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 133.

¹³⁸ TORRENS, Laertes de Macedo, 1996, p. 190.

Justiça, órgão ao qual o Fundo Penitenciário Nacional é atrelado, e descobrir que nada se diz a respeito da vítima.

Para Lartes de Macedo Torrens tal não poderia ocorrer, eis que ele afirma que o Fundo Penitenciário Nacional “tem atribuição de dar assistência às vítimas de crime, possuindo, inclusive, recursos compatíveis para atender essa obrigação”, tomando por base as disposições da própria Lei Complementar nº 79/94 e do Decreto nº 1.093/94 (que regulamentou a Lei Complementar), necessitando, apenas, da criação de mecanismos e instrumentos indispensáveis para que as vítimas tenham acesso a estes recursos.¹³⁹

Tentando explicar a situação, Aline Pedra Jorge afirma que o Fundo Penitenciário Nacional é, na verdade, “um ensaio de um Fundo de Indenização Estatal”, não podendo ser considerado um verdadeiro Fundo de Indenização porque a soma de seus recursos não está direcionada somente à vítima.¹⁴⁰

Além disso, a referida autora informa que a vítima precisa de uma decisão judicial definitiva acerca do dever de reparar, bem como sobre o *quantum* indenizatório, e isto dificulta a sua aplicação.

Em suma, apesar de ter se caminhado na direção desejada pela Vitimologia, o ordenamento jurídico ainda carece de mecanismos que viabilizem os direitos das vítimas, haja vista que, por enquanto, é um modelo de reparação que, nas palavras de Madlener, apenas paga da “boca pra fora”.¹⁴¹

Segundo Luiz Flávio Gomes, o legislador foi omissos quanto à reparação dos danos da vítima, não regulamentando adequadamente a disposição constitucional, remanescendo apenas a remota e discutível possibilidade do mandado de injunção para fazer do art. 245 uma realidade.¹⁴²

Apesar disso, mais recentemente, em 2002, o Brasil promulgou, através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Atualmente, 104 países já se integraram ao referido Estatuto que,

¹³⁹ Ibidem, p. 190-191.

¹⁴⁰ JORGE, Aline Pedra., 2005, p. 10.

¹⁴¹ MADLENER, Kurt, 1996, p. 86

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 523.

entre outras disposições, prevê a instituição de fundo em favor das vítimas de crimes de competência do referido Tribunal, englobando, ainda, a família das vítimas.¹⁴³

Tal atitude demonstra que, embora de maneira tímida, cresce no Brasil a compreensão de que se deve ressarcir à vítima que teve prejuízos decorrentes de crime, embora não o suficiente para que tenha sido incluído no Projeto do Novo Código de Processo Penal algo nos moldes do que foi exposto neste trabalho, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

Antes disso, segue o pensamento de Laertes de Macedo Torrens, o qual afirma que, diante da falta de mecanismos aptos a satisfazer os interesses das vítimas,

“imperiosa torna-se a elaboração de leis penais especiais ou modificadoras da legislação penal e procedimental, capaz de tornar prática a reparação do dano à vítima, por intermédio do Estado, ficando este, subrogado nos direitos do ofendido até a importância realmente dispendida”.¹⁴⁴

4.2 Os fundos estatais de indenização no Projeto do Novo Código de Processo Penal

É sabido que neste momento (2010) está em tramitação no Congresso o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, o qual, após 70 anos, dará novas feições à postura do Estado diante das práticas criminosas.

Apesar do esforço dos legisladores em adequar o processo penal às garantias constitucionais consagradas e modernizá-lo em diversos aspectos, no presente estudo cabe apenas analisar as inovações que dizem respeito às vítimas de crimes e à reparação de seus prejuízos.

Com um primeiro olhar, logo se nota uma maior preocupação com a figura da vítima. Se outrora a vítima era esquecida no próprio texto legal, conforme assinalou Scarance Fernandes,¹⁴⁵ neste Projeto percebe-se que o legislador concedeu atenção especial à parte ofendida, dedicando o Título V do Livro I à abordagem “Dos Direitos das Vítimas”.

Tal preocupação resultou na inclusão do conceito de “vítima” no texto legal:

¹⁴³ BARROS, Flaviane de Magalhães, 2008, p. 133.

¹⁴⁴ TORRENS, Laertes de Macedo, 1996, p. 190.

¹⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance, 2001, p. 2.

“Art. 88. Considera-se “vítima” a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais”.

Tal atitude não pode ser encarada como supérflua ou meramente didática, vez que possui grande importância ao tema da reparação dos danos. Isto por uma questão de lógica: se se pretende indenizar a vítima, é necessário saber exatamente, *a priori*, quem é a vítima, para que esta possa postular tal indenização como parte devidamente legítima no processo.

Ainda, nota-se que o Projeto levou em consideração os interesses da vítima, fazendo mais do que simplesmente reconhecê-la como pessoa, mas também reconhecendo os seus direitos, os quais seguem arrolados, de maneira não taxativa, no artigo 89.

Tal postura rompe com a tradição do Código de Processo Penal em vigor, que silencia quando o assunto é a vítima e os seus interesses, mas que, por outro lado, exige dela uma porção de deveres e obrigações, conforme asseveram Gomes e Molina.¹⁴⁶

Neste sentido, o Projeto inova ao trazer a figura da “Parte Civil”, assentada nos artigos 79 a 82, através da qual a vítima poderá ingressar como parte no processo penal para requerer os danos morais decorrentes do delito, com as mesmas faculdades do assistente de acusação.

Mas o Projeto foi além e tratou dos danos materiais, deixando claro, no inciso XI do artigo 89, que é direito da vítima “obter do autor do crime a reparação dos danos causados”, assegurando a preservação de seus interesses mediante, se assim necessário, a assistência de defensor público.

Isto demonstra que a reparação dos danos deixou a esfera estritamente privada e assumiu relevância tal que o Estado assegurará, inclusive, assistência para que a vítima a obtenha, não deixando-a completamente desamparada.

No artigo 89, inciso VII, estabeleceu-se que é direito da vítima “ser orientada quanto ao exercício oportuno (...) de ação civil por danos materiais e morais”.

¹⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 523.

Da leitura deste artigo, pode-se inferir duas coisas: a) que a vítima tem o direito de ser informada sobre suas possibilidades de reparação; e b) que os danos materiais e morais devem ser pleiteados através de ação civil.

Seguindo as legislações espanhola e portuguesa (mencionadas no Capítulo 4 deste trabalho), o Projeto preocupou-se em garantir à vítima o direito a ser informada sobre o seu direito de ser indenizada, no intuito de evitar que se repita a situação verificada por Robert Elias nos Estados Unidos, em que os programas de reparação não têm plena atuação em virtude da desinformação das vítimas.¹⁴⁷

Entretanto, embora não passe despercebido o esforço do legislador de alçar a reparação do dano ao *status* de direito da vítima, da mesma forma que fez com a informação acerca de tal possibilidade, o Projeto praticamente mantém inalterado o modelo de reparação adotado no Brasil, prevendo um processo civil aderido ao processo penal, o que é pouco quando comparado com o que já foi exposto no presente trabalho.

Primeiramente, há que se levar em conta que o Projeto manteve a reparação do dano da vítima atrelada à condição econômica do criminoso, o que no Brasil assume relevância muito grande, visto que a criminalidade se opera principalmente nas classes menos abastadas, o que constitui um verdadeiro óbice à reparação.

Em segundo lugar, o processo continua moroso e custoso para a vítima, devendo ela superar intrincados procedimentos jurídicos, bem como custear advogados ou contar com a assistência pública, o que por si só lhe causará mais prejuízos que não possuem garantia de que se converterão em benefícios futuros.

Desta forma, o Brasil perde uma oportunidade única de se adequar aos anseios da moderna Vitimologia, às recomendações da Assembléia Geral das Nações Unidas e às conclusões alcançadas nos Simpósios Internacionais de Vitimologia, mantendo as possibilidades de reparação dos danos da vítima inalteradas na prática.

Ou seja, no que diz respeito à reparação do dano da vítima, o Projeto de Reforma nada reformou, apenas lhe deu nova feição alçando-o à categoria de direito, mas na prática o procedimento continua o mesmo.

¹⁴⁷ BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 115.

Se não o faz, certamente não é por falta de lei que o autorize, tampouco por falta de experiências de sucesso a serem seguidas.

A par desta crítica, deve ser notado o esforço em se adotar a reparação dos danos como medida alternativa ao cárcere, conforme demonstra a exposição de motivos do Projeto, onde se afirma que tal medida pode ser muito proveitosa do ponto de vista da pacificação dos conflitos. Segue dizendo que:

“O anteprojeto busca cumprir essa missão, instituindo a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, em relação a crimes patrimoniais, praticados sem violência ou grave ameaça e àqueles de menor repercussão social, no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo. Prevê, mais que isso, uma alternativa ao próprio processo, condicionando a ação penal nos aludidos crimes contra o patrimônio, desde que ausente a grave ameaça ou a violência real”.¹⁴⁸

Com isto, os reformistas intentam, ainda, diminuir o número de demandas, prestigiando o princípio da intervenção mínima.

Deste modo, verifica-se que o Projeto modificou significativamente a posição da vítima no processo penal, o que não é difícil tendo em vista a situação em que se encontrava. Neste Projeto, a vítima é possuidora de direitos dentro do processo, tendo uma participação maior na efetivação de seus interesses. A reparação dos danos ganhou importância, servindo de alternativa a pena privativa de liberdade em determinados casos.

Entretanto, nada fez para eliminar os entraves que impedem que a vítima satisfaça plenamente seus interesses na ordem da reparação, sendo certo que as dificuldades enfrentadas por ela serão as mesmas, quais sejam a morosidade e o custo de se demandar na esfera cível a reparação e a impossibilidade econômica do criminoso. Assim, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal demonstra que manteve a tradição de colocar os interesses do Estado acima dos interesses da vítima.

4.3 A necessidade de se estabelecer critérios para a indenização

¹⁴⁸ BRASIL (país). Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília : Senado Federal, 2009. p. 18.

Para que um sistema estatal de indenização obtenha sucesso, faz-se necessário que se estabeleçam critérios para que se saiba de antemão quando um crime é passível de reparação.

Os estudos desta ordem exigem farta pesquisa, que por sua vez exige diversos outros fatores, motivo pelo qual, provavelmente, não se introduziu no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal nada neste sentido.

Iniciando esta discussão, convém salientar o pensamento de Antonio Beristain acerca da necessidade de estudos sobre os impactos que o crime acarreta sobre as vítimas:

“Para conseguir a eficácia desejada, urge estudar e conhecer mais profundamente o fenômeno derivado da criminalidade concreta de cada país e de cada época, e os reais danos (materiais, psicológicos, etc.) sofridos pela vítima, sem esquecer os aspectos epidemiológicos, a duração da vitimação, sua intensidade, sua valorização objetiva e subjetiva, em cada classe de vítimas”.¹⁴⁹

Neste sentido, o referido autor também ressalta a importância das pesquisas empíricas sobre o tema, na medida em que se necessita conhecer os resultados positivos e negativos alcançados, lamentando que, neste tema, se pesquise menos do que o devido.¹⁵⁰

Ora, tal estudo é importante porque, diante da pretensão de se restabelecer o equilíbrio social rompido pelo crime, deve-se saber exatamente qual era a situação de equilíbrio. Em outras palavras, deve-se estudar o bem jurídico afetado e como ele pode ser reparado, se é que pode.

Heinz Zipf ensinava que os danos permanentes por agressões delitivas à integridade física podem nunca ser reparados plenamente, motivo pelo qual a reparação só pode se tratar, em princípio, de compensação das consequências materiais do delito,¹⁵¹ tal qual realizado em Portugal, por exemplo.

Tendo isto em vista, nota-se que dificilmente poderá existir uma reparação de dano que não tenha caráter patrimonial, ao menos não por enquanto, neste século.

¹⁴⁹ BERISTAIN, Antonio, 2000, p. 124.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 123.

¹⁵¹ ZIPF, Heinz, 1979, p. 174.

Há, contudo, a possibilidade de se amenizar os prejuízos sofridos prestando a assistência necessária para o custeio de medicamentos e despesas processuais, tanto das vítimas quanto de seus dependentes, ao menos para que o dano sofrido não se agrave.

É o caso do homicídio, em que a família inteira do morto é vitimizada indiretamente e corre o risco de passar por dificuldades financeiras, sem falar da própria dor decorrente da perda.

Deste modo, considerando-se que algumas lesões podem não ser reparadas, há que se estabelecer, antecipadamente, quais lesões são passíveis de ser reparadas ou, caso não sejam, que espécies de auxílio pode o Estado prestar à vítima e aos seus dependentes.

Acerca disso, Antonio Scarance Fernandes ressalta que, no Brasil, inexistem condições de se exigir que o Estado se responsabilize pela integral indenização de todas as vítimas de crimes, “o que, aliás, nem mesmo países mais ricos fazem”.¹⁵²

Ainda, Heinz Zipf se posiciona no sentido de que nem todas as vítimas devem ser indenizadas, por agirem sem cautela ou assumindo riscos. O autor explica que, na maioria dos fatos puníveis que comportam danos patrimoniais, a cautela deficiente da vítima (especialmente nos casos de furto), assim como a falta de experiência econômica (especialmente nos casos de estelionato), favorece a execução do fato. Deste modo, o autor entende que, nestes casos, “no existe para la colectividad ningún motivo para solventar el daño con recursos de la misma”.¹⁵³

O referido autor preocupa-se com o fato de que se todos os danos patrimoniais originados por fatos puníveis fossem ressarcidos, levaria a imprudência da vítima. Isto é, poder-se-ia dizer que a vítima teria participação cada vez maior no seu processo de vitimização. Isto porque o cidadão poderia passar, cada vez mais, a realizar negócios arriscados, eis que, “si se es engañado, se lograria la indemnización a través de la colectividad”.¹⁵⁴

Por isso é que Heiz Zipf defende que os crimes patrimoniais devem ser ressarcidos através de um seguro coletivo, mas no qual subiste a responsabilidade

¹⁵² FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 11.

¹⁵³ ZIPF, Heinz, 1979, p. 176.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 177.

da vítima em se preservar, o que deve ser aliado a um projeto de esclarecimento quanto ao *modus operandi* de diversas práticas criminosas a fim de evitá-las.¹⁵⁵

Deste modo, também é necessário se refletir acerca de quais vítimas podem ser ressarcidas, levando-se em consideração quanto a sua participação contribuiu para a consumação do delito.

Além disso, não basta se saber quem e quando indenizar, se não se sabe como e com quais recursos.

Laertes de Macedo Torrens defende que a Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Nacional, aponta, no art. 2º, os recursos que devem ser alocados àquele fundo, entre eles doações, recursos confiscados, multas, parcela do lucro das loterias, entre outros, lembrando que, na opinião do autor, o Fundo Penitenciário Nacional tem a atribuição legal para reparar o dano da vítima.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina sugerem que, como uma das formas de custear um fundo estatal de indenização, seja usado o dinheiro proveniente das penas de multa.¹⁵⁶ Antonio Scarance Fernandes, estendendo as possibilidades, sugere que os recursos venham de fontes diversas: parte das custas judiciais em processos criminais; venda de bens apreendidos em razão de atos criminosos; parte do produto do trabalho do preso etc...”.¹⁵⁷

Tal preocupação é fundamental porque não se pode pura e simplesmente criar um Fundo sem se preocupar com a origem dos recursos, pois isto pode configurar um desrespeito à Lei de Responsabilidade fiscal e à própria Constituição da República, que prevê no artigo 201 que a previdência observará o equilíbrio financeiro e atuarial. Além disso, a fonte de recursos deve ser viável, para que não leve o Estado ao déficit fiscal observado, por exemplo, em Portugal e Espanha.

Assim, compreende-se que, não basta apenas prever a indenização das vítimas. Há que se pensar na forma como será efetivada tal pretensão, para que não se incorra novamente na omissão legislativa referente ao art. 245 e não seja um mero instrumento de demagogia popular, com função meramente simbólica. E uma vez que se tenha instituído a possibilidade de reparação dos danos mediante fundos estatais de indenização, deve-se constantemente aperfeiçoá-lo e adequá-lo ao

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de, 2008, p. 526.

¹⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, 1992, p. 12.

mundo real. Conforme reflexão de Scarance Fernandes acerca da matéria, “os primeiros passos devem ser dados, ainda que, inicialmente, não correspondam ao ideal pretendido. A experiência indicará novos rumos e mostrará a necessidade de aperfeiçoamento”.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Idem.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir o seguinte:

O combate à criminalidade, da maneira como é desempenhado atualmente, apresenta resultados insatisfatórios. A persecução criminal mostra-se em descompasso com os fins declarados do Direito Penal e despreocupada com os interesses da vítima, sendo que esta foi totalmente esquecida por um processo que serve apenas ao direito de punir do Estado. Felizmente, tal postura vem se alterando desde que se iniciou o chamado “redescobrimento da vítima”, ocorrido sobretudo após o avanço dos estudos da Vitimologia.

Com tais estudos, chegou-se à conclusão de que a reparação dos danos das vítimas transcende o interesse meramente privado e alcança o interesse público. Constatou-se que o crime produz danos que devem ser reparados caso se queira restabelecer o equilíbrio social e preservar os interesses daquela que foi a maior lesada pela prática criminosa, isto é, a vítima. Desta forma, agindo em favor das vítimas, o Estado estaria incentivando a participação das mesmas no processo penal e, conseqüentemente, evitando que seja feita “justiça com as próprias mãos”. Ao mesmo tempo, sendo possível reparar os danos, diminui a necessidade de aplicação de penas, possibilitando um processo de despenalização de condutas leves e prestigiando o princípio da intervenção mínima.

A reparação dos danos é possível atualmente no direito brasileiro, mas seu procedimento constitui um verdadeiro óbice à satisfação do interesse da vítima. Além disso, a reparação esbarra na impossibilidade material do réu. Por este motivo, não pode o interesse da vítima ser atrelado à capacidade do réu reparar ou não o dano, devendo o Estado assumir esta missão quando for necessário, sobretudo se levada em conta a sua falha no dever de prestar a segurança pública e o espírito de solidariedade social existente no Estado Democrático de Direito.

A solução apresentada por diversos países é a instituição de fundos estatais de indenização, alimentados com o dinheiro das multas e outros recursos, que se encarregarão de ressarcir as vítimas de delitos ou de, ao menos, amenizar as conseqüências geradas pelo crime, remanescendo ao Estado o direito de regresso em face do infrator, nos moldes das experiências de sucesso obtida por países do mundo.

Infelizmente, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal não se atentou para tal possibilidade, muito embora seja inegável o seu esforço em retirar a vítima do esquecimento e introduzi-la no texto legal. Para contornar tal situação, mister se faz estudar profundamente os danos gerados pelo crime e o que fazer para repará-lo, delimitando, *a priori*, os casos passíveis de ressarcimento por fundos dessa espécie.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (Resolução A/RES/40/34)**.

1985. Disponível em: <http://www.un.org/ga/58/>. Acesso em: 02/09/2010.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. **Crime-dano-reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934

BARROS, Antonio Milton de. O papel da vítima no processo penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Vol. 1, nº 1, 2008. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br>. Acesso em: 02/09/2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987.

BONACHELA, Maria Del Mar Daza. Fallas em El modelo Andaluz de gestión de La asistencia a víctimas: el caso granadino. **Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminologia**. Nº 11, 2009. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/>. Acesso em 15/07/2010.

BRASIL (país). Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília : Senado Federal, 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

CARVALHO, Paulo Ladeira. Indenização às vítimas. In: KOSOVSKI, Ester; MAYR, Eduardo; PIEDADE JR., Heitor (Org.). **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CARVALHO, Salo. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. 2005. Disponível em <http://www.cirino.com.br/>. Acesso em 27/11/2010

_____. A questão da criminalidade não se resolve com direito penal: depoimento. [04/04/2008]. **Gazeta do Povo**. Entrevista concedida a Vinícius Dias.

CONSELHO DA EUROPA. **European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes CETS Nº 116**. 1983. Disponível em: <http://conventions.coe.int>. Acesso em 20/09/2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?..** Boletim IBCCRIM, São Paulo, volume 11, fascículo 131 Esp., out. 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Estado na reparação do dano à vítima de crime**. In: Revista dos Tribunais, volume 678. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____. O papel da vítima no processo penal. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JR., Heitor (Coord). **Temas de Vitimologia II**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 6ª Edição reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

JORGE, Aline Pedra. Propostas para a satisfação dos interesses das vítimas. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor (org). **Vitimologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Reproarte. 2005.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

MADLENER, Kurt. **Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NOVA ZELÂNDIA (país). Ministério da Justiça. **A focus on victims of crime: a review of victims' rights**. 2009. Disponível em: <http://www.justice.govt.nz/policy->

and-consultation/victims/enhancing-victims-rights-review/documents/Victims-Consultation-Document.pdf. Acesso em: 22/07/2010.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor. A vítima e o processo penal. In: PIEADADE JR., Heitor; MAYR, Eduardo; KOSOVSKI, Ester (Coord). **Vitimologia em debate II**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2º Ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10º edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TORRENS, Laertes de Macedo. **Ao lado das vítimas**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, volume 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ZIPF, Heinz. **Introducion a la política criminal** (trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea). Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.